

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA SUBROGATION

DANS

L'EXERCICE DES DROITS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 20 février 1907, à 1 heure.

PAR

Louis DAIX

Président : M. PLANIOL, professeur.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. LEFEBVRE, professeur.} \\ \text{PIÉDELIÈVRE, professeur.} \end{array} \right.$

PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE PARIS. — FACULTE DE DROIT

DE LA SUBROGATION

DANS

L'EXERCICE DES DROITS HYPOTHÉCAIRES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 20 février 1907, à 1 heure.

PAR

Louis DAIX

Président : M. PLANIOL, professeur.

*Suffragants : } MM. LEFEBVRE, professeur.
PIÉDELIÈVRE, professeur.*



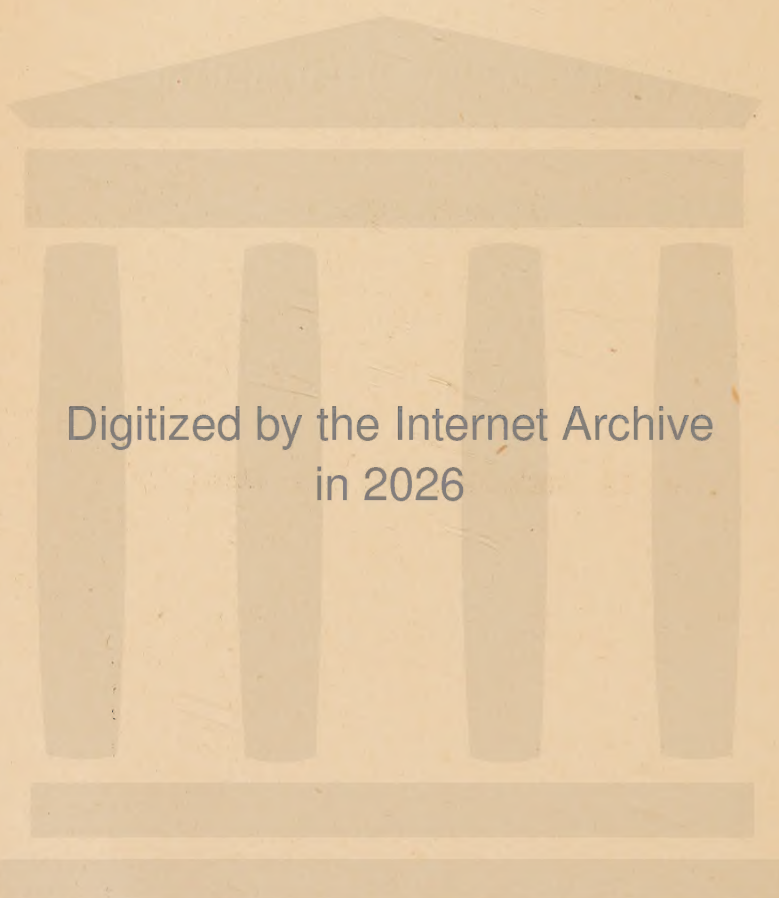
PARIS

LIBRAIRIE DES FACULTÉS

A. MICHALON

26, Rue Monsieur-le-Prince, 26

—
1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE

A LA MEMOIRE DE MA MÈRE

INTRODUCTION

Intérêt et aperçu historique de la subrogation.

Il arrive parfois qu'une personne paye une dette dans l'intérêt d'une autre ou fournit à cette autre les fonds dont celle-ci a besoin pour se libérer envers son créancier. Cette situation peut se présenter dans des circonstances diverses.

Il peut d'abord arriver que celui qui paye la dette, le *solvens*, ou qui fournit les fonds agisse dans l'intention de faire une libéralité au débiteur. La situation est analogue, que le bailleur de fonds paye directement le créancier ou qu'il remette les deniers au débiteur pour que celui-ci les emploie à se libérer. En effet payer la dette d'un tiers sans avoir l'intention de recourir contre ce tiers équivaut à lui faire une donation égale au montant de cette dette. Si un ami bienveillant acquitte pour moi une dette de 10.000 francs, c'est comme s'il me donnait une somme de 10.000 francs et que je me serve de cette somme pour me libérer envers mon créancier.

Il peut arriver aussi que le bailleur de fonds agisse dans l'intention de rendre service au débiteur, mais sans vouloir lui faire une libéralité. C'est par exemple un ami qui, voulant éviter à, un débiteur les inconvénients d'une saisie, désintéresse le créancier, mais entend bien ne faire qu'une avance pour permettre au débiteur d'attendre un retour de la fortune. L'opération équivaut alors, non pas comme la précédente à une donation, mais à un prêt. Payer la dette d'un tiers en se réservant le droit de lui réclamer plus tard le remboursement de la somme versée pour son compte équivaut à lui prêter cette somme.

Il peut arriver encore que le *solvens* agisse dans son propre intérêt. La loi nous en montre un exemple dans le premier cas de subrogation légale indiqué par l'article 1251, sur lequel nous reviendrons bientôt. Il s'agit d'un créancier qui veut désintéresser un autre créancier à lui préférable à raison de ses privilèges et hypothèques. Or il est bien évident qu'en pareil cas le créancier *solvens* agira dans son propre intérêt : il voudra empêcher l'autre créancier d'exercer ses droits d'une manière qui lui soit préjudiciable.

Dans les hypothèses précédentes nous avons toujours supposé que le *solvens* payait bénévolement sans être tenu en aucune façon de la dette. Il n'en est pas toujours ainsi. Dans certaines circonstances une personne peut être tenue d'une dette, bien que

cette dette n'ait pas été contractée dans son intérêt. Tel est le cas de la caution, laquelle s'est engagée dans l'intérêt d'un tiers. Tel est aussi, au moins en partie, le cas de plusieurs codébiteurs qui, bien qu'intéressés à la dette, sont tenus de payer au delà de leur part contributoire, comme cela se présente aux cas de solidarité et d'indivisibilité.

Quand le *solvens* agit dans une intention libérale, il est bien évident qu'il n'a aucun recours contre le débiteur. L'idée de libéralité est exclusive de toute idée de recours. Nous avons comparé cette hypothèse à une donation. Si le *solvens* avait remis la somme au débiteur à titre de donation, il n'aurait pas pu lui réclamer le remboursement de cette somme. La situation n'est pas changée par le fait que le donateur a versé directement entre les mains du créancier.

Il en est différemment dans les autres hypothèses. Toutes les fois que le *solvens* agit en dehors de toute idée libérale, soit qu'il soit tenu de payer, soit qu'il agisse bénévolement dans l'intérêt du débiteur ou dans son propre intérêt, il a un recours.

Mais l'action qui appartient au *solvens* est, suivant les cas, soit une action de mandat, soit une action de gestion d'affaires, toutes actions purement chirographaires. Si donc le débiteur est ou devient insolvable, le *solvens* sera victime, résultat d'autant plus injuste que dans bien des cas, en cas de paiement volontaire le plus souvent, et en cas de cau-

tionnement, il aura agi dans un but de complaisance qui doit lui mériter la sympathie du législateur.

C'est à cet inconvénient que remédie l'institution qui, dans la langue du droit, porte le nom de subrogation.

Parfois la créance payée par le tiers était garantie par une ou plusieurs sûretés : cautionnement, solidarité, gage, privilège, hypothèque. Grâce à ces sûretés le créancier pouvait se soustraire aux conséquences résultant de l'insolvabilité du débiteur. Si la créance était garantie par l'engagement d'une caution, le créancier pouvait s'adresser à cette caution pour obtenir la part dont il n'avait pu être payé sur les biens du débiteur principal. Si c'était un privilège ou une hypothèque, il pouvait se faire payer sur les biens grevés de ce privilège ou de cette hypothèque par préférence aux autres créanciers du débiteur.

N'est-il pas juste que le *solvens* ou le prêteur dont les fonds ont servi à désintéresser le créancier puisse, pour assurer son remboursement, se prévaloir des sûretés qui appartenaient à ce dernier ?

La subrogation a précisément pour effet de faire passer la créance payée sur la tête du *solvens* ou du prêteur avec tous ses accessoires. Le subrogé pourra exercer les actions dont le créancier lui-même était investi. Il pourra donc se prévaloir de toutes les sûretés (solidarité, cautionnement, gage, anti-

chrèse, privilège, hypothèque) qui garantissaient les créances de ce dernier.

Les droits qu'il s'agit de transmettre reposant sur la tête du créancier, c'est à celui-ci qu'il appartient naturellement de faire cette transmission. Il convient toutefois de ne pas laisser cette opération à la discrétion du créancier, car celui-ci pourrait alors refuser au *solvens* toute subrogation dans des hypothèses où celui-ci est particulièrement intéressant.

Déjà les jurisconsultes romains avaient pris des précautions pour protéger contre les résistances injustifiées ceux qui étaient tenus au paiement de la dette.

Que celui qui paye la dette sans y être tenu ne s'en prenne qu'à lui, si, par suite d'une complaisance imprévoyante ou d'un calcul erroné, il se trouve exposé aux risques de l'insolvabilité du débiteur. Que n'a-t-il exigé une subrogation au moment du paiement.

Tout autre est le cas de celui qui, comme la caution ou le codébiteur solidaire, est tenu de payer la dette. Dans une législation qui ne connaîtrait que la subrogation conventionnelle et volontaire, ces personnes, dont la situation est cependant très intéressante, seraient livrées au caprice du créancier. Celui-ci pourrait les contraindre à payer, sans être tenu de leur transmettre ses droits et actions.

Pour remédier à cette situation les jurisconsultes

ont imaginé l'institution connue sous le nom de bénéfice de cession d'actions. Ils ont utilisé à cet effet la fameuse exception *doli mali* dont le rôle fut si considérable en droit romain. Le magistrat prescrivait au juge de ne condamner la caution que s'il n'y avait pas dol de la part du créancier à lui réclamer le paiement. Or le juge estimait qu'il y avait dol de la part du créancier à refuser à la caution la cession d'actions dont celle-ci pouvait tirer grand profit et dont lui n'avait plus aucun besoin. Aussi absolvait-il la caution.

Le droit romain admit aussi une institution analogue connue sous le nom de *successio in locum*. A la différence de la cession d'actions, qui demandait une manifestation de volonté, la *successio in locum* se produisait de plein droit. De plus, tandis que la cession d'actions faisait acquérir au *solvens* tous les droits qui appartenaient au créancier primitif, la *successio in locum* ne faisait que mettre dans le rang de ce créancier celui dont les fonds avaient servi à le désintéresser.

Il y avait dans le droit de Justinien quatre cas de *successiones in locum*.

Le premier cas est celui du prêteur dont les fonds avaient servi à désintéresser un créancier hypothécaire et qui avait lui-même obtenu à son profit la constitution d'une hypothèque.

Cette deuxième condition est mise en relief par les

deux textes suivants: « *Aristo Neratio Prisco scripsit, etsi ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succedet, NISI CONVENERIT, UT SIBI EADEM RES ESSET OBLIGATA...* » (D., 20, 3, 3) « *Non omnino succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur : cum is qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum ejus succedat.* » (C., 8, 18, 1.)

Ces textes montrent que le prêteur ne prend la place du créancier qu'autant qu'il a lui-même une hypothèque sur le même bien. La *successio in locum* n'a donc pas pour effet de lui faire acquérir l'hypothèque du créancier, mais simplement le rang de celui-ci. En effet, si la *successio* faisait acquérir au prêteur l'hypothèque du créancier, pourquoi exigerait-on l'existence d'une hypothèque distincte.

Le deuxième cas de *successio in locum* est celui de l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué qui emploie son prix à payer les créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble. Ce cas est encore aujourd'hui un cas de subrogation légale et nous aurons à nous en occuper au cours de cette étude (1).

1. « *Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores : in jus eorum successisti : et contra eos qui inferiores illis fuerunt, justa defensione te tueri potes.* (C. 16. 8, 3.)

Le troisième cas est celui du créancier hypothécaire qui paye un autre créancier ayant également une hypothèque sur le même immeuble (1).

Enfin le quatrième cas concerne l'hypothèse du créancier qui ayant nové sa créance et ayant obtenu une hypothèque pour garantie de sa nouvelle créance sur le bien qui était affecté à la première se succède à lui-même dans son propre rang (2).

C'est de ces deux théories du bénéfice de cession d'actions et de *la successio in locum* que s'est formée dans notre ancien droit la théorie unique de la subrogation.

1. « *Si prior res publ. contraxit. fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus rei pub.* » (D. C. 18, 8, 3,) « *Novissimus creditor priorem, oblata pecunia, quo possessio in eum transferatur dimittere potest. Sed et prior creditor secundum creditorem, si voluerit, dimittere non prohibetur, quamquam ipse in pignore potior sit.* » (Paul, Sentences, 2, 13, 8)

2. « *Creditor acceptis pignoribus, quæ secunda conventiones secundus creditor accepit, novatione postea facta (pignora) prioribus addidit: superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedit* » (D., 20. 4, 3, pr.) « *Pignus intercedit, si novatione facta in alium jus obligationis transtuliste, nec ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quum vis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.* » (C. 8, 26, 1, pr. 1.)

On distinguait alors trois sortes de subrogations : la subrogation légale, la subrogation requise, et la subrogation conventionnelle.

La subrogation légale était celle qui se produisait de plein droit comme la *successio in locum* du droit romain.

Pour les cas qui donnaient lieu au bénéfice de cession d'actions, la subrogation ne se produisait pas de plein droit, mais elle n'en constituait pas moins un droit pour le *solvens*. Elle n'était pas légale, mais elle n'était pas non plus conventionnelle.

Qui dit convention dit en effet accord de volontés. Pour que la subrogation soit conventionnelle, il faut donc qu'elle résulte de la manifestation de plusieurs volontés. Ainsi, lorsque le tiers qui paye est complètement étranger à la dette, la subrogation n'a lieu que si elle est consentie soit par le créancier, soit par le débiteur. Elle est alors conventionnelle, car elle résulte de deux volontés : celle du *solvens* ou prêteur, qui la demande ou l'accepte ; celle du créancier ou du débiteur qui l'offre ou la consent.

Mais lorsque le *solvens* était tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, il suffisait pour que la subrogation se produisît que celui-ci manifestât la volonté de l'acquiescer. Dès que cette manifestation de volonté s'était produite, la subrogation avait lieu sans intervention ni du créancier, ni du débiteur.

Dans les cas où la subrogation ne se produisait pas de plein droit et où elle ne résultait pas du seul fait de sa réquisition par le *solvens*, elle devait être consentie par le créancier ou par le débiteur. Il en était ainsi, toutes les fois que le tiers qui paye ou fournit les fonds était complètement étranger à la dette.

Les rédacteurs du Code civil ont été plus loin que notre ancien droit. Ils ont sous-entendu la réquisition dans les cas où celle-ci suffisait à opérer la subrogation. Ils ont donc fait des cas de subrogation requise de nouveaux cas de subrogation légale. Nous n'avons plus aujourd'hui que deux espèces de subrogations : la subrogation légale et la subrogation conventionnelle.

La subrogation, avons-nous dit, fait passer la créance avec tous ses accessoires de la tête du créancier primitif sur celle du subrogé. Parmi ces accessoires se trouvent les hypothèques et les privilèges sur les immeubles qui ne sont que des hypothèques privilégiées. C'est uniquement des effets de la subrogation dans l'exercice des droits hypothécaires que nous avons dessein de nous occuper dans cette étude.

Nous verrons dans un premier chapitre quels sont les effets ordinaires de la subrogation en matière hypothécaire, puis dans les chapitres suivants nous étudierons un certain nombre de questions contro-

versées relatives à certains de ses effets dans les divers cas de subrogation légale énumérés dans l'article 1251 : droits du créancier subrogé aux droits d'un autre créancier à lui préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques, droits de l'acheteur qui emploie son prix d'acquisition à désintéresser les créanciers inscrits sur son immeuble, droits de la caution personnelle, de la caution réelle, des tiers détenteurs.

CHAPITRE PREMIER

Des effets ordinaires de la subrogation en matière hypothécaire.

L'hypothèque comporte deux attributs : le droit de préférence et le droit de suite.

Par le droit de préférence le créancier hypothécaire a droit de se faire payer sur l'immeuble grevé avant les autres créanciers, les créanciers chirographaires, tandis que ceux-ci ne reçoivent en cas d'insolvabilité du débiteur qu'une somme proportionnelle au montant de leur créance.

En principe un débiteur ne cesse pas d'être à la tête de son patrimoine, il continue à l'administrer ; il peut même aliéner ses biens, sans que ses créanciers puissent attaquer ces aliénations, sauf le cas de fraude. Mais le créancier hypothécaire est muni d'un droit de suite. L'immeuble grevé ne cesse pas d'être affecté à son hypothèque en passant entre les mains d'un tiers acquéreur. Il continuera à pouvoir le saisir pour se faire payer sur le prix.

Le subrogé acquiert-il les deux attributs de l'hypothèque ? Il n'y a aucun doute en ce qui concerne le droit de préférence. Très certainement le subrogé pourra se faire payer par préférence aux créanciers chirographaires du débiteur, comme l'aurait pu le subrogeant.

En ce qui concerne le droit de suite, la question, bien que n'étant plus discutée aujourd'hui, a fait jadis l'objet d'une controverse. On a soutenu que le subrogé ne pouvait pas exercer l'hypothèque qui appartenait au créancier primitif, lorsque l'immeuble grevé était passé entre les mains d'un tiers détenteur.

La subrogation, dit-on, repose sur une idée de gestion d'affaires : le *solvens* est subrogé, parce qu'il a entendu faire l'affaire du débiteur. Il n'est donc pas subrogé contre le tiers détenteur, car il ne peut être considéré comme ayant géré l'affaire du tiers détenteur, puisque celui-ci n'était pas tenu au payement de la dette.

Nous contestons formellement cette dernière assertion. Même si la subrogation reposait sur une idée de gestion d'affaires, le subrogé pourrait recourir contre le tiers détenteur. Sans doute celui-ci n'est pas tenu personnellement de la dette, c'est-à-dire qu'il n'en est pas tenu sur tous ses biens, comme l'est un débiteur principal ou une caution. Mais il en est tenu *propter rem*, sur l'immeuble grevé, puisqu'il ne peut éviter l'expropriation qu'en désintéressant le créan-

cier. Le tiers qui a payé a donc agi dans l'intérêt du tiers détenteur non moins que dans celui du débiteur principal.

D'ailleurs la première proposition n'est elle-même pas exacte. On peut considérer la subrogation comme reposant sur une idée de gestion d'affaires dans les rapports du subrogé et du débiteur. En effet il n'y a de subrogation au profit du *solvens* que lorsque celui-ci a une action personnelle en remboursement, et cette action n'existe que lorsque le *solvens* a géré les affaires du débiteur. Mais, dès que le recours en remboursement existe, la subrogation conventionnelle ou légale se greffe sur lui avec toutes ses conséquences, la créance passe sur la tête du subrogé avec tous ses accessoires, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les personnes qu'elle atteint. D'où nous concluons que, même en supposant admis que le subrogé n'a pas géré l'affaire du tiers détenteur, il n'en recueillera pas moins le droit de suite que le créancier primitif avait contre celui-ci.

On invoque à l'appui de l'opinion que nous combattons plusieurs textes qui semblent limiter les effets de la subrogation aux droits du créancier contre le débiteur. Tel est l'article 1250 aux termes duquel la subrogation est conventionnelle « lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques *contre le débiteur*. » Tel est encore

l'article 874 ainsi conçu: « Le légataire particulier qui a acquitté la dette dont l'immeuble légué était grevé, demeure subrogé aux droits du créancier *contre les héritiers et successeurs à titre universel*. »

Citons encore l'article 875 : « Le cohéritier ou successeur à titre universel, qui, par l'effet de l'hypothèque, a payé au delà de sa part de la dette commune, n'a de recours *contre les autres cohéritiers ou successeurs à titre universel*, que pour la part que chacun d'eux doit personnellement en supporter, même dans le cas où le cohéritier qui a payé la dette se serait fait subroger aux droits des créanciers. » Citons enfin l'article 2029 : « La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier *contre le débiteur*. »

Tous ces textes, dit-on, ne parlent que des droits du créancier contre le débiteur. C'est donc que la subrogation n'a pas d'effet contre les tiers détenteurs.

Il ne faut pas, pensons-nous, attacher une si grande importance au mot débiteur. Le législateur veut simplement dire que le subrogé recueille tous les droits qui garantissaient la créance sur la tête du créancier primitif.

D'ailleurs, si les mots « contre le débiteur » devaient être interprétés d'une manière aussi rigoureuse, on aboutirait à supprimer complètement les effets de la subrogation en ce qui concerne les hypothèques.

Le subrogé ne pourrait même pas exercer le droit de préférence, car ce droit pas plus que le droit de suite ne s'exerce contre le débiteur. Il s'exerce contre les autres créanciers, créanciers chirographaires ou créanciers hypothécaires postérieurs en rang. Qu'importe en effet à un débiteur insolvable la façon dont est réparti le prix de ses biens, puisqu'il ne doit rien en toucher.

Il y a cependant un texte qui semble confirmer l'opinion que nous combattons. C'est l'article 1252 aux termes duquel « la subrogation a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. » Si la subrogation, dit-on, faisait passer tous les droits du créancier primitif sur la tête du subrogé, cette disposition serait inutile. Puisque le législateur l'a insérée dans le code, c'est donc que dans sa pensée la subrogation ne produit pas en principe d'effets contre les tiers. Ce texte ne vient-il pas à l'appui de ceux qui semblent limiter les effets de la subrogation au débiteur.

M. Laurent réfute victorieusement cette objection en montrant d'après l'exposé des motifs que ce texte a eu pour objet de trancher une question controversée dans notre ancien droit : « Dans notre ancien droit, dit-il, il y avait diversité de jurisprudence sur la question de savoir si les cautions restaient tenues envers le subrogé : tel parlement décidait que le paiement avec subrogation éteignait l'obligation des

cautions, tel autre maintenait l'obligation et donnait action au subrogé contre elles » (1).

On voit par là que l'article 1252 avait un but déterminé qui ne se rattache pas à la question qui nous occupe.

On a posé une objection spéciale au cas où la subrogation est consentie par le débiteur. Cette objection se rattache à un système plus général d'après lequel la subrogation consentie par le débiteur serait un véritable paiement, tandis que les autres seraient des transports-cessions. Partant de cette raison on dit : le paiement éteint la créance avec tous ses accessoires ; le débiteur ne peut donc pas subroger le prêteur dans une hypothèque qui n'existe plus ; il ne peut que lui consentir une hypothèque nouvelle ; mais cette faculté ne lui appartient plus, lorsque l'immeuble est passé entre les mains d'un tiers détenteur, car il ne peut constituer une hypothèque sur un immeuble qui appartient à autrui.

Pour réfuter cette objection il faut établir que le paiement avec subrogation est un véritable paiement, et non un transport-cession, même lorsque la subrogation est consentie par le créancier. Si nous faisons cette démonstration, nous aurons montré que l'objection, en la supposant fondée, porterait au-

1. LAURENT. *Principes de Code civil français*, tome XVIII, n° 110, page 134.

tant contre la subrogation consentie par le créancier et contre la subrogation légale que contre la subrogation consentie par le débiteur ; il nous restera à prouver que le paiement avec subrogation, quoique étant un véritable paiement, n'éteint pas complètement la dette.

Pour démontrer que le paiement avec subrogation ne doit en aucun cas être assimilé à un transport-cession, il suffit de montrer combien le but des parties est différent dans les deux opérations. Dans le transport-cession le cessionnaire se propose un but lucratif : il achète une créance à un prix inférieur à sa valeur nominale avec l'intention d'en recouvrer contre le débiteur le montant intégral. Tout autre est le but du *solvens* dans le paiement avec subrogation : celui-ci se propose uniquement de rendre service au débiteur en lui faisant une avance de fonds. N'ayant eu aucune intention lucrative, il ne peut rien réclamer au delà de ses déboursés.

Étant donné que le paiement avec subrogation est un paiement véritable, il serait logique, si l'on s'en tenait à la rigueur des principes, de dire que la créance primitive est éteinte avec tous ses accessoires et par conséquent que la créance qui appartient au subrogé est une créance nouvelle. Il en serait ainsi, non seulement lorsque la subrogation a été consentie par le débiteur, mais aussi lorsqu'elle a été consentie par le créancier et lorsqu'elle s'est produite

de plein droit, puisque dans tous les cas elle constitue un paiement véritable.

D'ailleurs dans le système que nous combattons, ce n'est pas seulement le droit de suite du créancier hypothécaire qui serait éteint par le paiement, ce serait aussi le droit de préférence. En effet un débiteur ne peut pas plus constituer d'hypothèques sur les immeubles lui appartenant au préjudice des créanciers antérieurement inscrits qu'il ne peut en consentir au préjudice des tiers détenteurs sur les immeubles sortis de son patrimoine. Si donc la subrogation avait pour effet de créer une hypothèque nouvelle, cette hypothèque ne pourrait prendre rang qu'à la date de son inscription. Cette solution ferait perdre toute utilité à la subrogation en ce qui concerne les hypothèques. Le paiement éteignant aussi l'obligation de la caution, celle-ci ne pourrait se trouver engagée envers le subrogé sans son consentement.

Telle n'a certainement pas été la pensée du législateur, puisqu'il nous dit dans les termes les plus généraux dans l'article 1250-1° que dans la subrogation consentie par le créancier, celui-ci « recevant son « paiement d'une tierce personne la subroge dans ses « droits, actions, privilèges ou hypothèques », et que le 2° du même article ajoute, toujours dans des termes généraux, que la subrogation est encore conventionnelle « lorsqu' » le débiteur emprunte une somme

à l'effet de payer sa dette, et de subroger le prêteur *dans les droits du créancier.* »

Un pareil système aboutirait à la suppression complète de la subrogation.

Nous avons admis d'une part que le payement avec subrogation est un payement véritable, et d'autre part, qu'il laisse subsister la créance. Comment concilier ces deux idées ?

La subrogation n'est pas une institution tirée de principes juridiques préexistants. Elle est sortie des besoins de la pratique, et on a cherché ensuite à la rattacher à un principe. Les jurisconsultes romains qui l'imaginèrent cherchèrent à l'expliquer par une cession d'actions, mais ils se gardèrent bien de tirer toutes les conséquences de cette idée. C'est ainsi notamment qu'ils ne permirent à la caution cessionnaire des actions du créancier de réclamer plus que ses déboursés, alors qu'un véritable cessionnaire eût dû pouvoir exiger le montant intégral de la créance, même s'il l'avait acquise pour un prix inférieur.

Pour donner une explication rationnelle de la subrogation, il faut revenir au mobile de l'opération. Le payement avec subrogation, avons-nous dit, est un payement véritable, parce que le *solvens* se propose en le faisant de libérer le débiteur de son obligation envers le créancier. Mais si, nous pénétrons plus avant dans l'intention du *solvens*, nous voyons que celui-ci n'entend pas donner à son payement

un effet absolu. Il entend acquérir pour son propre compte les droits que le créancier avait contre le débiteur, ses garants et les tiers détenteurs d'immeubles hypothéqués ; il se substitue à ce créancier.

Peut-être dira-t-on qu'en expliquant ainsi le paiement avec subrogation nous le rapprochons du transport-cession dont nous avons entendu le distinguer. Dans le transport-cession, en effet, le débiteur est libéré envers le cédant, mais est tenu envers le cessionnaire.

A cela nous répondrons que notre critérium subsiste. Pour acquérir la créance, le *solvens* n'en agit pas moins dans un but désintéressé, et c'est précisément ce but désintéressé qui donne à l'opération le caractère de paiement.

Ce n'est pas là une simple question de mots. Nous venons de voir, en effet, que le subrogé ne pouvait réclamer plus que ses déboursés, alors même qu'il aurait obtenu du créancier une quittance pour le tout, en versant une somme inférieure au montant nominal de la créance. C'est là la principale conséquence du caractère désintéressé de l'opération, conséquence qui suffit à mettre en lumière la différence qui la distingue du transport-cession.

Étant donc admis que le subrogé peut exercer les droits hypothécaires du créancier primitif, nous allons étudier quelques difficultés auxquelles l'application de ce principe a donné lieu.

CHAPITRE II

Des droits hypothécaires du créancier postérieur subrogé au créancier antérieur.

L'article 1251-1^o nous dit que « la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques ».

L'application de cette disposition a donné lieu à deux controverses que nous allons successivement étudier. Nous verrons dans une première section quelle est d'une manière générale l'étendue de cette subrogation au point de vue hypothécaire, puis dans une seconde section nous envisagerons d'une manière particulière le cas où un créancier à hypothèque générale se trouve en présence de créanciers à hypothèque spéciale ne portant pas toutes sur le même immeuble.

SECTION I

De l'étendue des droits du créancier postérieur subrogé.

Primus a contre Pierre une créance de 10.000 francs garantie par deux hypothèques portant l'une sur l'immeuble A, l'autre sur l'immeuble B. Secundus a une créance de 10.000 francs garantie par une hypothèque spéciale portant seulement sur l'immeuble A et postérieure en rang à celle de Primus. L'immeuble A est estimé 15.000 francs, mais on pense que cette valeur augmentera prochainement. Secundus a grand intérêt à ce que la vente soit retardée. En effet, si l'immeuble A n'est vendu que 15.000 francs, il ne touchera que 5.000 francs sur le prix et devra pour le reste subir sur les autres biens du débiteur le concours des autres créanciers. Secundus ne pourrait cependant pas contraindre Primus à n'exercer ses droits que plus tard. Il n'a qu'un moyen d'éviter le danger qui le menace : désintéresser Primus en le payant de ses propres deniers. Mais pour que cette opération ne nuise pas à Secundus, il faut qu'il soit assuré de rentrer dans ses déboursés, et il ne peut l'être que par la subrogation aux droits de Primus.

Quels sont les effets de cette subrogation ? Secun-

du sera-t-il subrogé seulement à l'hypothèque qu'avait Primus sur l'immeuble A ou bien sera-t-il subrogé également à l'hypothèque de Primus sur l'immeuble B ? Le but de l'opération semblerait bien limiter la subrogation aux droits de Primus sur l'immeuble A, et nous croyons qu'en législation cette solution serait la meilleure. Il semble bien en effet que le résultat voulu soit atteint, lorsque Secundus a recouvré sur le prix de l'immeuble A la somme qu'il avait versée à Primus. La subrogation doit avoir pour effet ici de garantir ce recouvrement, mais non pas de fournir même indirectement à Secundus des garanties nouvelles pour le recouvrement de sa propre créance. Or tel est le résultat, s'il peut se faire attribuer le prix de l'immeuble B. En effet, s'il se fait colloquer sur le prix de l'immeuble B pour la créance qu'il tient de la subrogation, sa propre créance acquiert le premier rang sur l'immeuble A, et il est sûr d'être payé.

C'est probablement cette considération qui a inspiré un arrêt de la Cour de Paris dont voici le texte :

« Considérant que la subrogation légale autorisée par l'article 1251-1° du Code Napoléon suppose deux créanciers d'un débiteur commun, ou bien inscrits sur les mêmes immeubles ; qu'en effet, dans le cas où le débiteur n'est pas commun, et où les immeubles ne sont pas les mêmes, il n'y a pas entre les créanciers le concours qui a déterminé la disposition

de la loi ; — Considérant que Vié est créancier inscrit non seulement sur les immeubles appartenant à Billaudet, mais encore sur d'autres immeubles appartenant à la femme Billaudet, tous deux ses débiteurs, tandis que les appelants sont créanciers inscrits exclusivement sur les immeubles appartenant à Billaudet, leur débiteur unique ; — Considérant qu'en demandant la subrogation légale dans l'effet de sa créance, sans distinction entre l'inscription prise du chef de Billaudet et celle prise du chef de la femme Billaudet, les appelants excèdent leur droit en ce qu'ils réclament le bénéfice de l'hypothèque inscrite sur les biens de la dame Billaudet ; — *qu'ils n'obtiendraient pas ainsi seulement un rang meilleur, mais un débiteur nouveau et une hypothèque nouvelle en dehors des termes de l'article 1251. 1° du Code Napoléon ; que les offres faites par les appelants sont dès lors comme faites en dehors des conditions dudit article ; Par ces motifs, etc. (1). »*

La cour de Paris s'exprime mal en disant que les appelants (Secundus dans notre hypothèse) obtiendraient une hypothèque nouvelle. Il convient, en effet, de remarquer que l'hypothèque portant sur l'immeuble B garantit, non pas la créance propre de Secundus, mais la créance de Primus passée sur la tête de Secundus par l'effet de la subrogation. Or cette hy-

1. Paris, 20 février 1868, D., 70.1.347.

pothèque garantissait déjà ladite créance, lorsque celle-ci reposait sur la tête de Primus. Ce n'est donc pas une hypothèque nouvelle.

Deux arguments militent en faveur de la solution contraire.

Il est tout d'abord certain que le texte ne fait aucune distinction entre ce cas de subrogation et les autres. Si l'on s'en tient au texte, la subrogation doit produire ici ses effets ordinaires, puisque la loi nous dit dans les termes les plus généraux que le créancier qui a payé est subrogé.

C'est à cet argument de texte que la Cour de cassation s'est attachée dans plusieurs arrêts, et notamment dans un arrêt du 7 novembre 1854 dont voici les passages intéressants :

« La Cour,

Vu l'article 1251 du Code Napoléon ;

Attendu qu'aux termes de cet article, la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable en raison de ses privilèges et hypothèques ;

Que, dans les faits de la cause, Giguel, créancier inscrit sur l'immeuble de Saint-Nicolas, n'avait qu'une hypothèque inférieure en ordre à celle existant au profit de Mathonville sur ce même immeuble :

D'où il suit qu'en payant Mathonville, qui lui était préférable, il se trouvait de plein droit subrogé à ce créancier ;

Que cette subrogation n'était limitée aux droits de Mathonville sur un immeuble déterminé, et, dans l'espèce, sur l'immeuble de Saint-Nicolas, qu'elle était pleine et entière, et s'étendait à tous les droits attachés à la créance, et, par conséquent à l'hypothèque de cette créance sur les immeubles de la rue Sainte-Croix-des-Pelletiers et de la rue des Brouettes, qui lui étaient également affectés, etc. (1). »

Le cas de subrogation qui nous occupe n'est pas plus que les autres une innovation du Code civil. Le législateur l'a puisé dans le droit antérieur. La tradition a donc ici une très grande importance. Or dans notre ancien droit cette subrogation avait pour effet de faire acquérir au créancier payant tous les droits qui appartenaient au créancier payé.

On a affirmé le contraire, mais les textes auxquels on nous renvoie sont étrangers à notre hypothèse ; ils concernent un cas que nous étudierons plus loin : celui de l'acquéreur qui paye les créanciers inscrits sur son immeuble.

Deux des auteurs que l'on invoque se prononcent formellement pour la solution la plus large.

C'est d'abord Renusson qui, comparant la situa-

1. Cassation, 7 novembre 1854, D., 54.1.409.

tion du créancier et celle du tiers acquéreur, s'exprime en ces termes : « Il y a grande différence entre l'un et l'autre, celui qui est actuellement créancier d'une somme certaine, ou d'une rente, qui paye un créancier du même débiteur, n'a point de cause qui l'oblige à faire ce paiement, si ce n'est pour acquérir les droits du créancier sur les biens de leur débiteur commun, et empêcher que les biens ne se consomment par les frais qui se pourraient faire, car il n'est point débiteur de son chef ni autrement. Par exemple le créancier postérieur qui paye le créancier antérieur ne fait ce paiement que pour avoir les droits du créancier antérieur, qui pourrait faire des frais et consommer les biens du débiteur commun ; il fait le paiement pour conserver les biens hypothèques, et empêcher qu'ils ne se consomment, et pour cet effet il veut acquérir les droits du créancier antérieur et le payer, c'est pourquoi les lois le subrogent de plein droit au créancier qu'il paye, *et lui donnent la subrogation sur tous les biens hypothéqués* (1). »

On ne peut parler plus clairement que ne le fait Renusson dans ces derniers mots.

Écoutons maintenant Pothier : « Lorsqu'un créancier hypothécaire, pour fortifier son droit d'hypothèque, paye à un autre créancier hypothécaire ce qui

1. RENUSSON, *Traité de la subrogation*, ch. V, n° 56.

lui est dû par le débiteur commun, ce créancier n'a pas besoin de requérir la subrogation : il est subrogé de plein droit à la créance qu'il a acquittée, *et aux hypothèques et droits qui en dépendent* (1). »

Comment douter de la tradition en présence de textes aussi formels. Or le législateur n'ayant manifesté nulle part l'intention d'innover, nous devons penser qu'il a entendu consacrer sur ce point la jurisprudence antérieure.

SECTION II

De la subrogation d'un créancier à hypothèque spéciale dans les droits d'un créancier à hypothèque générale antérieure (2).

L'application de l'article 1251-1° a donné lieu à une vive controverse dans le cas où un créancier à hypothèque spéciale paye un créancier à hypothèque générale qui lui est préférable.

Raisonnons sur une espèce. Primus à une créance de 40.000 francs garantie par une hypothèque portant

1. POTHIER. *Des obligations*, n° 558.

2. Nous présentons la question sous cette formule pour nous conformer à l'usage, mais il convient de remarquer qu'elle se poserait également, si le créancier antérieur, au lieu d'avoir une hypothèque générale, n'avait qu'une hypothèque spéciale portant sur plusieurs immeubles.

à la fois sur l'immeuble A, valant 60.000 francs, et sur l'immeuble B, valant 40.000 francs. Secundus est créancier d'une somme de 30.000 francs et a une hypothèque postérieure en rang à celle de Primus sur l'immeuble A. Tertius a sur l'immeuble B une hypothèque, inscrite après celles de Primus et de Secundus, laquelle hypothèque garantit une créance de 20.000 fr.

La manière dont Primus exercera son hypothèque générale intéresse beaucoup Secundus et Tertius. En effet si Primus exerce son hypothèque sur l'immeuble A, Secundus ne touchera que 20.000 francs sur le prix de cet immeuble, tandis que Tertius sera désintéressé intégralement sur l'immeuble B. Si, au contraire, Primus fait porter son hypothèque sur l'immeuble B, Tertius ne touchera rien; tandis que Secundus sera désintéressé intégralement sur l'immeuble A.

Secundus et Tertius ont un moyen de se soustraire à ce danger : c'est de payer Primus. Celui qui aura eu cette précaution sera subrogé de plein droit à l'hypothèque générale de Primus et pourra l'exercer au mieux de ses intérêts.

Mais cette subrogation a-t-elle une portée absolue? C'est la question qu'il nous faut étudier.

Avant d'entrer dans l'examen de cette controverse posons deux règles dont nous aurons à faire l'application : le subrogé recueille tous les droits du créan-

cier primitif ; il ne peut pas avoir plus de droits que celui-ci.

Il importe donc de bien connaître les droits du créancier primitif. Or à ce point de vue il faut distinguer deux hypothèses : 1° un seul des immeubles hypothéqués est mis en vente, ou bien tous les immeubles hypothéqués ou plusieurs d'entre eux ayant été mis en vente, la distribution des prix fait l'objet d'ordres distincts ; 2° tous les immeubles hypothéqués ou plusieurs d'entre eux ayant été vendus, les prix en sont distribués dans un seul et même ordre.

1. — Un seul immeuble vendu ou plusieurs ordres séparés.

Nous supposons dans la première hypothèse qu'un seul des immeubles hypothéqués a été mis en vente ou que, plusieurs immeubles ayant été vendus, la distribution du prix de chacun d'eux a fait l'objet d'un ordre distinct.

Il est universellement admis aujourd'hui que dans cette hypothèse le créancier à hypothèque générale a la faculté de se faire colloquer sur le prix de l'un quelconque des immeubles pour l'intégralité de sa créance. Dans notre espèce Primus pourra donc réclamer les 40.000 francs qui lui sont dus sur le prix, soit de l'immeuble A, soit de l'immeuble B.

Cette solution découle du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. En vertu de ce principe chaque molécule de chacun des immeubles hypothéqués garantit le paiement de la totalité de la créance.

Le créancier à hypothèque spéciale qui, ayant désintéressé le créancier à l'hypothèque générale, se trouve subrogé aux droits de celui-ci, peut-il, comme lui, faire porter l'hypothèque générale sur l'un quelconque des immeubles qui en sont grevés ?

Trois opinions ont été émises sur cette question.

L'opinion la plus simple, et — disons-le de suite — celle qui nous paraît devoir être adoptée, veut que la subrogation produise ici ses effets normaux, c'est-à-dire que le subrogé puisse exercer tous les droits du subrogeant. Dans ce système Secundus subrogé aux droits de Primus pourra demander à être colloqué sur l'immeuble B pour la totalité de la créance de 40.000 francs que garantissait l'hypothèque générale. Tertius, si c'est lui qui paye, pourra se faire colloquer sur l'immeuble A pour le tout.

Cette opinion a été soutenue par Demolombe et Paul Pont et adoptée par divers arrêts. « Il nous paraît donc incontestable, dit ce dernier, que tout créancier hypothécaire, auquel le créancier à hypothèque générale est préférable, peut s'assurer la subrogation par voie de paiement, et, de plus, qu'une fois subrogé, il a le choix, comme l'aurait eu le subro-

geant lui-même, des immeubles sur lesquels il fera porter sa collocation (1). »

Étant l'application des règles ordinaires de la subrogation, elle n'a pas à être justifiée. Ce sont les autres systèmes qui, prétendant faire admettre des exceptions au droit commun de la matière, doivent établir le bien-fondé de leurs prétentions. Nous soutiendrons cette solution en réfutant les solutions contraires.

D'après une seconde opinion le subrogé devrait diviser son recours entre les immeubles affectés à l'hypothèque générale. Dans notre espèce il ne pourrait demander à être colloqué que pour 24.000 francs sur l'immeuble A et 16.000 francs sur l'immeuble B. Voici comment raisonnent les partisans de ce système.

D'après le premier système, Secundus, subrogé aux droits de Primus, peut se faire colloquer sur le prix de l'immeuble B pour la totalité de la créance garantie par l'hypothèque générale. Mais Tertius, se trouvant primé par Secundus sur cet immeuble, pourra invoquer à son tour le bénéfice de la subrogation légale de l'article 1251-1°. Il payera donc Secundus et se trouvera subrogé à l'hypothèque générale. Mais alors il pourra faire porter cette hypothèque sur l'immeuble A, et Secundus primé par lui sur cet immeu-

1. PONT. *Des privilèges et hypothèques*, I, n° 341.

ble pourra invoquer de nouveau la subrogation légale et l'on retombera dans la même situation que précédemment. On se trouve donc dans une série interminable de subrogations successives. Telle n'a pu être, dit-on, la volonté du législateur qui, en accordant au créancier postérieur la subrogation aux droits du créancier antérieur, a dû vouloir faire œuvre utile.

Cette conclusion devrait certainement être admise, si la répartition proportionnelle était le seul moyen de sortir de l'impasse des subrogations successives. Mais il convient de remarquer que cette difficulté se présente dans des hypothèses où elle ne saurait être résolue de la même façon.

Supposons par exemple que Primus soit créancier hypothécaire sur l'immeuble A pour une somme de 10.000 francs, que Secundus ait une hypothèque postérieure en rang à celle de Primus garantissant une autre créance de 10.000 francs, puis que Primus ait toujours sur le même immeuble une seconde hypothèque postérieure à celle de Secundus et garantissant une troisième créance de 10.000 francs.

En prenant à la lettre l'article 1251-1° Secundus sera subrogé de plein droit, s'il paye à Primus les 10.000 francs garantis par sa première hypothèque. Mais alors Primus pourra, en vertu de sa seconde créance, rembourser Secundus et recouvrer ainsi sa première hypothèque. Nous nous trouvons donc ici

encore en présence d'une série indéfinie de subrogations successives. Mais nous ne pouvons cette fois résoudre la difficulté au moyen d'une répartition proportionnelle, puisqu'il n'y a qu'un seul immeuble grevé. Il nous faut donc trouver une autre solution.

Certains auteurs ont proposé de décider que dans le cas où le créancier payant devrait par l'effet de la subrogation se trouver primer le créancier par lequel il était lui-même primé auparavant, il devrait payer non seulement la créance préférable à la sienne, mais encore celle à laquelle la sienne serait préférable après la subrogation.

Cette solution nous paraît suffisamment justifiée par la nécessité d'interpréter d'une manière raisonnable la disposition de l'article 1251-1°. Comment concevoir en effet que le législateur en accordant la subrogation au créancier postérieur ait entendu créer un cercle vicieux dont il serait impossible de sortir. C'est cependant ce qui arriverait, si Secundus pouvait payer la première créance de Primus, sans payer en même temps la seconde.

Aussi croyons-nous inutile de recourir à un second argument qu'invoque Demolombe. D'après le savant auteur notre solution serait rendue nécessaire par la règle : *nemo contra se subrogasse censetur*. Nous avouons ne pas voir en quoi l'application des règles ordinaires de la subrogation pourrait nuire au

créancier premier en rang. Reprenons notre dernier exemple. Primus a reçu de Secundus le paiement de la créance garantie par la première hypothèque ; il est donc sûr de ne rien perdre sur cette créance. Si le prix de vente ne permet pas de le désintéresser intégralement pour sa seconde créance, la perte qu'il éprouve ne résulte en rien de la subrogation. Il eût subi le même préjudice, si, la subrogation n'ayant pas eu lieu, il avait touché le montant de sa première créance sur le prix de vente au lieu de le recevoir auparavant des deniers de Secundus.

Si nous revenons maintenant à notre hypothèse d'une hypothèque générale en concours avec des hypothèques spéciales postérieures en rang, nous voyons que cette solution nous permet d'éviter l'écueil des subrogations indéfinies, sans violer le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. En effet, Secundus ayant désintéressé Primus, le créancier à hypothèque générale, Tertius ne pourra invoquer l'article 1251-1° contre Secundus qu'en payant à la fois à celui-ci la créance garantie par l'hypothèque générale et la créance garantie par l'hypothèque spéciale sur l'immeuble A.

Voilà donc réfutée l'objection posée par les partisans du second système.

D'après une troisième opinion le subrogé ne pourrait pas, pour l'exercice de l'hypothèque générale causer préjudice aux créanciers dont les hypothèques

ques spéciales ont été inscrites avant la sienne. Ainsi dans notre espèce Secundus pourrait se faire colloquer intégralement sur le prix de l'immeuble B. Peu importe le dommage qui en résulterait pour Tertius, car l'hypothèque de celui-ci est postérieure en date à celle de Secundus. Mais, si c'est Tertius qui est subrogé à Primus, il ne pourra se faire colloquer sur le prix de l'immeuble A que dans la mesure où cela ne nuira pas à Secundus. Il ne pourra donc obtenir que 30.000 francs sur A, sans quoi il nuirait à Secundus, qui ne pourrait plus toucher les 30.000 francs garantis par son hypothèque.

Cette opinion est soutenue par un parti important tant en doctrine qu'en jurisprudence. Voici comment elle est exposée dans un arrêt de la Cour de Grenoble :

« Attendu que si, en principe général, il est juste
« que celui qui acquitte un droit soit subrogé à ce
« droit, il faut cependant que cette faculté ne devienne
« pas un moyen de détruire des garanties spéciales
« données et reçues de bonne foi et de faire produire
« à la loi un effet contraire à celui qu'elle a eu en vue ;

« Attendu que l'on ne peut contester au créancier
« à hypothèque générale le droit de s'adresser à telle
« ou telle partie des immeubles qui lui ont été affectés,
« par la raison que les créanciers postérieurs qui
« ont acquis des hypothèques spéciales sur ces mêmes
« biens sont avertis de l'existence de cette première

« affectation, et que s'ils ont traité avec le débiteur
« malgré ce danger, c'est un risque qu'ils ont volon-
« tairement couru et sur lequel la loi avait pris soin
« de les éclairer ;

« Attendu que, si l'on autorisait un créancier à
« hypothèque spéciale à se subroger aux droits d'une
« hypothèque générale dans l'unique but d'en profiter,
« pour la diriger de telle manière qu'elle assure à son
« titre spécial un droit de préférence à un autre créan-
« cier aussi spécial, dont il savait l'inscription anté-
« rieure à la science, ce serait bouleverser la base du
« système hypothécaire, en changer le but, puisque,
« de cette manière, il rendrait illusoires les garanties
« qui reposent sur l'intention des parties, sur le rang
« accepté par les divers créanciers, et sur l'interpré-
« tation la plus équitable des termes et de l'esprit
« de la loi (1) ».

Ce sont là, nous semble-t-il, des paroles bien grosses et bien peu justifiées. La Cour de Grenoble reconnaît que Secundus ne saurait se plaindre de voir son hypothèque dépourvue de toute efficacité par suite de l'exercice des droits de Primus. Elle dit qu'il a pu connaître l'existence de l'hypothèque générale et que c'est volontairement qu'il a couru un risque. Mais en quoi cette situation est-elle modifiée par suite de la subrogation ? Celle-ci a-t-elle

1. Grenoble, 20 août 1853, S., 54.2.457.

réellement pour résultat dans notre système de bouleverser la base hypothécaire et de rendre illusoire l'hypothèque de Secundus ?

M. Guillaud qui, lui aussi, pense que « la subrogation ainsi entendue serait ruineuse pour les créanciers à hypothèque spéciale (1) » nous en donne cette raison « ils ont bien pu craindre que le créancier à hypothèque générale n'exercât l'option qui lui appartient à leur détriment, mais ils n'ont pas dû compter que cette option serait pratiquée par un créancier dont l'inscription est d'une date postérieure à la leur et grève un autre immeuble (2). »

Qu'importe ! Quand Secundus s'est fait consentir une hypothèque sur l'immeuble A, il savait que cette immeuble était grevé de l'hypothèque générale de Primus. Il s'exposait donc sciemment à la voir dépourvue de toute efficacité par suite de l'exercice des droits de celui-ci. Sa situation ne reçoit aucune aggravation du fait que Tertius est subrogé aux droits de Primus (3). Il n'y a qu'une simple substitution de

1. GUILLOUARD. *Des privilèges et hypothèques*, III, n° 1540.

2. GUILLOUARD. *Des privilèges et hypothèques*, III, n° 1540.

3. Si la situation de Secundus n'est pas aggravée en droit, il faut bien reconnaître qu'elle reçoit une certaine aggravation de fait. Lorsque l'hypothèque générale reposait sur la tête de Primus, Secundus pouvait espérer que celui-ci l'exercerait d'une manière qui ne lui serait pas préjudiciable. Mais dès qu'elle est passée sur la tête de Tertius, il devient cer-

personnes. Or, peu lui importe que ce soit Primus ou Tertius qui exerce l'hypothèque générale. Si l'hypothèque de Secundus est rendue illusoire, c'est en raison de circonstances que celui-ci a dû prévoir, cela ne résulte en rien du fait de la subrogation.

Sans doute nous estimons avec M. Guillouard que la subrogation ne doit pas nuire aux tiers, mais nous prétendons que notre système n'aboutit pas à ce résultat.

Nous allons d'ailleurs réfuter M. Guillouard par M. Guillouard lui-même. Quelques pages plus loin, l'éminent auteur suppose que le prix des immeubles a été distribué dans un ordre unique. Il pose en principe que le créancier à hypothèque générale doit être colloqué de manière à sauvegarder les hypothèques les plus anciennes. Toutefois il admet une dérogation à cette règle au cas où le créancier à hypothèque générale a lui-même une hypothèque spéciale. Dans ce cas, M. Guillouard admet que le créancier à hypothèque générale peut exercer cette hypothèque au mieux de ses intérêts, même s'il doit en résulter un préjudice pour un créancier à hypothèque spéciale dont l'inscription est antérieure à la sienne. Voici la raison qu'en donne l'auteur : « La

tain que ce dernier l'exercera de la manière la plus conforme à ses propres intérêts, c'est-à-dire contraire à ceux de Secundus.

raison de cette décision est dans l'indivisibilité de l'hypothèque : le créancier à hypothèque générale, ayant action sur tous les immeubles et sur chacun d'eux pour l'intégralité de sa créance, peut la faire porter sur l'immeuble qu'il a le plus d'intérêt à choisir, et les autres créanciers ne peuvent lui imposer un cantonnement de son hypothèque en contradiction avec son intérêt : ce serait porter atteinte au principe de l'indivisibilité (1). »

M. Guillouard ne se réfute-t-il pas lui-même ? L'hypothèque ne cesse pas d'être indivisible en passant sur la tête du subrogé. Si ce caractère d'indivisibilité s'oppose à ce que le créancier originaire puisse être contraint à exercer son hypothèque d'une manière contraire à ses intérêts, pourquoi ce même caractère ne s'opposerait-il pas à ce que le subrogé soit contraint de l'exercer d'une manière qui lui soit préjudiciable ? M. Guillouard ne l'a pas dit.

Nous croyons avoir démontré que l'objection présentée par les partisans du troisième système n'était pas mieux fondée que celle des partisans du second système. Ces objections étant écartées, rien ne s'oppose à ce que l'on applique dans notre hypothèse les règles ordinaires de la subrogation. Le créancier à hypothèque spéciale qui aura désintéressé le créancier à hypothèque générale pourra donc exercer tous

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, III, n° 1543.

les droits de celui-ci : il pourra se faire colloquer pour le tout sur l'un quelconque des immeubles grevés de l'hypothèque, et il n'aura pas à se préoccuper de la date des inscriptions prises postérieurement à celle de l'hypothèque générale sur des immeubles non grevés de son hypothèque spéciale.

II. — *Plusieurs immeubles vendus, le prix distribué dans un ordre unique.*

Nous avons supposé dans l'hypothèse précédente qu'il n'y avait qu'un seul immeuble mis en vente ou, s'il y en avait plusieurs, qu'ils étaient situés dans des arrondissements différents. L'hypothèse se complique au cas où plusieurs immeubles situés dans le même arrondissement sont mis en vente et donnent lieu à un ordre unique.

Si, en effet, nous avons admis que le subrogé devait recueillir tous les droits du subrogeant, il n'est pas moins certain que le subrogé ne peut pas avoir plus de droits que le subrogeant. C'est là une application très simple de la maxime : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, Or dans notre hypothèse les droits du subrogeant font eux-mêmes l'objet d'une controverse.

Le créancier à hypothèque générale peut-il dans ce cas exercer à son gré son hypothèque sur l'un

quelconque des immeubles ? Que lui importe, dit-on, que son hypothèque soit imputée sur A ou sur B, pourvu qu'il soit désintéressé intégralement. La question d'indivisibilité de l'hypothèque n'a ici rien à voir, puisque le créancier à hypothèque générale n'est pas exposé à se voir imposer un paiement partiel.

Il peut arriver toutefois que le créancier à hypothèque générale ait intérêt à voir son hypothèque porter sur tel immeuble plutôt que sur tel autre. Il en est ainsi notamment lorsque ce créancier a lui-même une autre créance garantie par une hypothèque spéciale. Dans ce cas le créancier à hypothèque générale se trouvera exactement dans la même situation que le subrogé dans l'hypothèse précédente. Les mêmes solutions ont été proposées, appuyées sur les mêmes arguments.

Dans le cas ordinaire où le créancier à hypothèque générale n'a pas intérêt à exercer son droit sur tel immeuble plutôt que sur tel autre, quels seront les droits du créancier postérieur en rang qui l'aura désintéressé ? Ce créancier pourra-t-il exercer l'hypothèque à son gré ? Non, à notre avis, car s'il le pouvait, il aurait plus de droits que le subrogeant, et la situation des tiers se trouverait aggravée du fait de la subrogation, ce qui est inadmissible.

Nous avons dit que le créancier à hypothèque générale ne pourrait exiger d'être colloqué sur un

immeuble plutôt que sur un autre. Mais comment le juge des ordres doit-il colloquer ce créancier ? Nous retrouvons ici deux systèmes que nous avons combattus tous deux, mais entre lesquels il va cette fois nous falloir choisir.

D'après une première opinion l'ordre des inscriptions doit déterminer l'ordre des collocations. « La base de notre système hypothécaire, dit M. Guilloard, est le respect de l'antériorité des droits acquis et de l'ordre des inscriptions (1). » A cet argument nous avons déjà répondu que cette règle, fondamentale entre créanciers inscrits sur un même immeuble, ne pouvait trouver son application, lorsqu'il s'agissait de résoudre un conflit existant entre créanciers inscrits sur des immeubles différents.

Dans ce système on résoudrait ainsi notre hypothèse : Tertius étant le dernier inscrit, le juge ferait porter l'hypothèque générale de Primus sur l'immeuble B affecté à sa créance, afin que Secundus, premier inscrit, puisse venir en ordre utile sur l'immeuble A.

Si l'on admet ce système, il faut dire que Tertius, ayant désintéressé Primus et se trouvant par suite subrogé à ses droits, ne pourra faire porter son hypothèque générale que sur l'immeuble B. S'il pouvait la faire porter sur l'immeuble A, Secundus

1. GUILLOUARD, *op. cit.*, III, n° 1542.

subirait un préjudice du fait de la subrogation, ce qui serait contraire aux principes de la matière.

Ici je prévois une objection. Mais, pourrait-on dire, dans l'hypothèse précédente, alors que vous supposez l'existence de plusieurs ordres, vous avez admis que le subrogé pourrait exercer l'hypothèque générale sur A, alors que le subrogeant, n'ayant pas intérêt à la faire porter sur A plutôt que sur B, l'eût probablement fait porter sur B, pour ne pas nuire à Secundus.

A cela nous répondrons que dans cette première hypothèse le créancier à hypothèque générale avait toujours un intérêt à choisir tel immeuble plutôt que tel autre. Dans ce cas Primus pouvait exercer son hypothèque générale sur l'immeuble A, la situation de Secundus n'était donc pas aggravée, peu lui importait les personnes. Ce qui importe, c'est que le subrogé ne puisse pas faire subir aux tiers un préjudice que le subrogeant n'aurait pu leur imposer.

D'après un second système le juge des ordres doit répartir l'hypothèque générale sur tous les immeubles qu'elle grève proportionnellement à leur valeur. Ainsi dans notre espèce elle serait imputée pour 24.000 francs sur A et pour 16.000 sur B. Pour donner de l'intérêt à la question il nous faut modifier un peu l'exemple sur lequel nous raisonnons depuis le début de cette étude. Supposons donc que l'immeuble A n'a été vendu que 50.000 francs. Alors

Secundus ne pourra être désintéressé complètement sur cet immeuble, puisque, la part de Primus prise, il ne reste plus que 26.000 francs de disponible, alors que la créance de Secundus est de 30.000.

Cette seconde opinion nous paraît devoir être préférée. C'est, en effet, la proportionnalité qui règle en principe les rapports des créanciers d'un même débiteur. L'article 2093 fait une application de ce principe, quand il dit : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. » Nous en trouvons une autre application dans l'article 1214, alinéa 2 : « Si l'un d'eux (les codébiteurs solidaires) se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. »

L'article 2094 déroge, il est vrai, à la règle pour les créanciers hypothécaires. Mais nous avons déjà vu que cette dérogation n'était applicable qu'entre créanciers ayant privilège ou hypothèque sur un même immeuble. Notre hypothèse, ne rentrant pas dans l'exception, retombe dans la règle.

Mais il nous semble que le principe de la proportionnalité ne doit pas être appliqué comme le font les partisans du second système. Supposons que la créance de Primus soit de 60.000 francs, celle de Se-

cundus également 60.000 francs, et celle de Tertius de 30.000 francs, puis que les immeubles A et B valent chacun 60.000 francs. Si nous appliquons à cette espèce le deuxième système, nous dirons : les immeubles A et B étant d'égale valeur, Primus devra être colloqué sur chacun d'eux pour la moitié de sa créance, soit 30.000 francs. Il restera alors sur chaque immeuble 30.000 francs de disponible. Les 30.000 francs disponibles sur A seront attribués à Secundus et les 30.000 francs disponibles sur B seront attribués à Tertius. Nous aboutirons donc à ce résultat que, tandis que Tertius sera désintéressé intégralement, Secundus ne le sera que pour moitié.

Est-ce là un résultat équitable? Certainement non. Il faudrait, selon nous, faire en sorte que chacun des créanciers à hypothèque spéciale touche une somme proportionnelle au montant de sa créance. Primus étant désintéressé, il reste 60.000 francs de disponible pour désintéresser deux créanciers dont les créances s'élèvent ensemble à 90.000 francs. Il n'y a donc que les deux tiers de ce qu'il faudrait pour que les créanciers soient désintéressés intégralement ; chacun devra donc recevoir les deux tiers de sa créance. Secundus devra donc recevoir sur A les deux tiers de 60.000, c'est-à-dire 40.000 francs, et Tertius sur B les deux tiers de 30.000 francs, c'est-à-dire 20.000 francs. Pour arriver à ce résultat il faudra colloquer Primus pour 20.000 francs sur A et

pour 40.000 francs sur B. De cette façon Primus ne subira aucun préjudice et les autres en seront traités d'une manière plus équitable.

Supposons maintenant que Tertius ait désintéressé Primus et ait été ainsi subrogé à ses droits. Tertius pourra faire porter l'hypothèque générale sur l'immeuble A pour 20.000 francs. Secundus ne pourra pas se prévaloir contre lui de l'antériorité de son inscription pour l'écarter et toucher sur le prix le montant intégral de sa créance. Nous avons en effet posé en principe que le subrogé devait recueillir tous les droits du subrogeant, et nous avons écarté l'objection tirée de l'ordre des inscriptions. Mais il ne pourra pas se faire colloquer pour plus de 20.000 francs, car alors la subrogation nuirait à Secundus, ce qui serait un résultat injuste.

Nous avons dit que dans certains cas le créancier à hypothèque générale pouvait, même dans un ordre unique, demander à être colloqué sur tel immeuble plutôt que sur tel autre. Il en est ainsi toutes les fois que ce créancier a intérêt à ce que la collocation soit faite d'une manière déterminée. Le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque reparait en effet, chaque fois que l'hypothécaire général a intérêt à l'invoquer. Il en est ainsi notamment, avons-nous dit, lorsque ce créancier a lui-même une hypothèque spéciale grevant l'un des immeubles affectés de l'hypothèque générale.

Si dans cette hypothèse un créancier à hypothèque spéciale se fait subroger aux droits du créancier à hypothèque générale, il pourra exercer tous les droits de ce dernier et par suite se faire colloquer comme celui-ci aurait pu le faire lui-même.

CHAPITRE III

Des droits hypothécaires de l'acquéreur subrogé.

SECTION I

L'acquéreur doit son prix d'acquisition

L'article 1251-2° soulève une question analogue à elle que nous avons étudiée au début du chapitre précédent. Aux termes de cette disposition l'acheteur d'un immeuble qui emploie son prix d'acquisition à payer les créanciers inscrits sur cette immeuble est subrogé aux droits de ceux-ci.

Pierre vend à Paul pour le prix de 100.009 francs l'immeuble A, lequel est grevé de trois hypothèques : la première, garantissant une créance de 60.000 francs au profit de Primus ; la seconde, garantissant une créance de 40.000 francs au profit de Secundus ; la troisième, garantissant une créance de 20.000 francs au profit de Tertius. Paul paye entre les mains de Primus les 60.000 francs qui sont dus à celui-ci ; puis entre les mains de Secundus les 40.000 francs dont ce dernier est créancier. Tertius, qui n'est pas désin-

téressé, conserve son hypothèque sur l'immeuble A et peut, en vertu du droit de suite attaché à cette hypothèque, saisir cet immeuble entre les mains de Paul. Voilà donc ce dernier exposé à se voir exproprier de l'immeuble dont il a payé le prix à Primus et à Secundus. Sans doute il aura contre Pierre, son vendeur, un recours en garantie. Mais celui-ci peut être insolvable, et dans ce cas n'est-il pas équitable que Paul puisse recouvrer sur le prix d'adjudication aux lieux et places de Primus et de Secundus les sommes qu'il a versées à ceux-ci ? C'est ce que lui permet certainement le 2° de l'article 1254.

Mais cette subrogation se borne-t-elle là ? Ou bien Paul est-il en outre subrogé à toutes les sûretés qui garantissaient les créances de Primus et de Secundus, et notamment, en ce qui concerne notre étude, aux hypothèques que ceux-ci pouvaient avoir sur d'autres immeubles ?

La question présente un grand intérêt pour l'acheteur. Supposons en effet que l'immeuble A ne soit adjugé que 80.000 francs ; Paul, qui en a payé 100.000, sera en perte de 20.000, si la subrogation est limitée à son profit sur cet immeuble. Mais, s'il est subrogé à une autre hypothèque que l'un des créanciers pouvait avoir sur un autre immeuble, il pourra peut-être obtenir un remboursement intégral.

En faveur de la subrogation limitée on invoque ici encore le but spécial de la subrogation. Le législa-

teur ne veut pas que les créanciers non payés se fassent payer aux dépens de l'acheteur. Or c'est ce qui pourrait arriver, si celui-ci n'était pas subrogé aux droits des créanciers payés sur l'immeuble acquis par lui. Si nous supposons en effet que sur la saisie opérée par Tertius l'immeuble A est adjugé pour une somme inférieure à 120.000 francs, Paul, à défaut de subrogation dans les droits de Primus et de Secundus, ne toucherait que l'excédent du prix resté libre après que Tertius aurait été désintéressé. Grâce à la subrogation cette injustice est évitée. Si le prix d'adjudication est inférieur à 100.000 francs, Paul subira bien un préjudice, mais ce préjudice ne profitera pas à Tertius, puisque celui-ci ne touchera rien. Si le prix d'adjudication est supérieur à 100.000 francs, Tertius sera payé en tout ou en partie, mais ce paiement ne sera pas fait au préjudice de Paul, puisque celui-ci aura recouvré les 100.000 francs, montant de son prix d'acquisition.

La subrogation ainsi limitée aux droits des créanciers sur l'immeuble acquis par l'acheteur suffit donc pour atteindre le but poursuivi par le législateur. Pourquoi donc vouloir alors étendre cette subrogation? Sans doute il pourra arriver que, l'immeuble ayant diminué de valeur, l'acheteur ne rentre pas dans tous ses déboursés, et dans ce cas il lui serait utile de pouvoir invoquer les hypothèques que les créanciers avaient sur d'autres immeubles. Mais, dit

Laurent, « le but de la loi n'est pas de mettre l'acquéreur à l'abri de toute éviction et de le garantir de toute perte, elle a un objet plus restreint, elle veut mettre l'acquéreur à l'abri d'un danger spécial, celui dont le menacent les hypothèques non soldées (1). »

Les partisans de l'opinion extensive invoquent, comme dans l'hypothèse étudiée précédemment, la généralité des termes de la loi. Le texte nous dit que l'acquéreur est subrogé, sans faire aucune distinction entre les divers droits qui pouvaient appartenir aux créanciers payés. Or, dit-on, n'est-ce pas un principe de saine interprétation que l'interprète ne doit pas distinguer là où la loi ne distingue pas, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Nous nous sommes appuyés sur la tradition pour dire que le créancier qui a payé un autre créancier à lui préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques était subrogé à tous les droits de ce dernier. C'est encore la tradition qui va nous fournir ici notre argument décisif. Comme tout à l'heure elle nous conduit à la solution la plus large, et c'est à tort selon nous qu'on l'invoque en faveur de l'opinion restrictive. Nous nous appuierons pour le démontrer sur le passage suivant de Pothier. « Lorsqu'un tiers

1. LAURENT. *Principes de Code civil français*, tome 18, page 146.

détenteur, pour éviter le délais de son héritage, paye un créancier hypothécaire, il a bien le droit de requérir la subrogation, l. 99 ff. qui pot., mais lorsqu'il ne l'a pas requise, il n'y a aucune loi qui le subroge de plein droit ; au contraire la loi 12 § 1, ff. d. tit., décide formellement qu'il n'est pas subrogé en ce cas. La loi 17 ff. d. tit., et la loi 3, cod. d. tit., ne sont pas contraires ; car elles ne sont pas dans la thèse générale d'un tiers acquéreur qui a payé un créancier hypothécaire. Dans l'espèce de la loi 3, cod. his qui in prior., le tiers acquéreur avait acquis avec la clause que le prix de son acquisition serait employé à payer un créancier hypothécaire ; et c'est en vertu de cette clause qu'il acquiert la subrogation : c'est ce que déclarent les termes de la loi, *quam emisse te dicis ita ut pretium preveniret ad eosdem priores creditores* ; c'est-à-dire *hac lege ut*. On doit supposer la même clause dans l'espèce de la loi 17, pour la concilier avec la susdite loi 12 § 1, mais hors ce cas, et lorsqu'un tiers acquéreur paie simplement un créancier hypothécaire, il n'y a point de subrogation, suivant ladite loi 12 ; parce que pouvant n'avoir d'autre vue en payant que d'éviter le délais de l'héritage, sa volonté d'acquérir la subrogation n'est pas suffisamment déclarée.

Il faut néanmoins convenir que dans nos usages, et suivant l'avis des auteurs, le tiers détenteur qui paie un créancier hypothécaire sans requérir la

subrogation, n'est pas, à la vérité, subrogé à tous les droits et hypothèques du créancier, comme il le serait s'il l'eût requise ; mais il les exerce au moins sur l'héritage dont il est détenteur, contre les créanciers postérieurs à celui qu'il a payé ; ce qui peut être fondé sur ce qu'en acquittant l'hypothèque de cet ancien créancier, *meliozem fecit in eo fundo ceterorum creditorum pignoris causam* ; ce qui lui donne contre eux *exceptionem doli* pour retenir ce qu'il a payé : *dolo enim faciunt si velint cum ejus damno locupletari*. Il en est de même en ce cas lorsqu'il a mélioré l'héritage (1). »

Il résulte de ce passage que Pothier distinguait suivant que le contrat de vente contenait ou non une clause aux termes de laquelle l'acheteur devait employer le prix de son acquisition à payer les créanciers hypothécaires. S'il la contenait, l'acheteur était subrogé à tous les droits des créanciers payés par lui. S'il ne la contenait pas, l'acheteur ne pouvait, à défaut de réquisition, exercer que les droits ayant appartenu aux créanciers sur l'immeuble acquis par lui.

Le Code civil a sous-entendu deux clauses. Il sous-entend d'abord dans le 2° de notre article 1251 la clause imposant à l'acheteur l'obligation de payer

1. POTHIER, Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans, n° 73.

son prix entre les mains des créanciers hypothécaires, puisqu'il nous dit que la subrogation a lieu de plein droit... ; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble, qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué ». Puis dans le 3° il sous-entend la réquisition dans les cas où l'ancien droit l'exigeait. Il en résulte que le tiers détenteur est toujours subrogé dans notre droit actuel à tous les droits des créanciers payés. Pourquoi vouloir limiter les effets de cette subrogation dans le cas où notre ancien droit se montrait à juste titre le plus favorable ? L'acheteur qui paye entre les mains du vendeur commet une grave imprudence, tandis que celui qui paye entre les mains des créanciers hypothécaires fait acte de précaution. Sans doute ce dernier est lui-même en faute de n'avoir pas purgé, mais cette faute est moins grave que la précédente. Peut-être comptait-il que l'exception de discussion suffirait à le protéger.

Laurent, qui soutient l'opinion restrictive, la justifie en ces termes. « L'article 1251, n° 3, en tant qu'il s'applique en tiers détenteur, suppose que celui qui paye la dette n'était pas débiteur personnel, qu'il n'en était tenu qu'hypothécairement pour le véritable débiteur, tandis que le n° 2 de l'article 1251 suppose un tiers détenteur, l'acquéreur, qui est débiteur personnel, car c'est son prix d'acquisition qu'il

emploi au paiement des créanciers inscrits. Voilà malgré l'analogie des dispositions, une différence considérable dont l'interprète doit tenir compte, sous peine de mêler des choses de nature différente et de négliger des nuances qui conduisent à une décision différente. L'acquéreur du n° 2 paye ce qu'il doit, le tiers détenteur du n° 3 paye ce qu'il ne doit pas. La position du tiers détenteur est plus favorable que celle de l'acquéreur ; il n'est pas obligé personnellement ; en payant les créanciers, il paye ce qu'un autre doit, et il le paye de ses deniers. L'acquéreur paye aussi en un certain sens la dette d'un autre, sans cela il ne pourrait pas y avoir de subrogation, mais il paye aussi sa propre dette, ce n'est donc pas de ses deniers qu'il paye, c'est des deniers qu'il est obligé de payer au vendeur ; au lieu de les payer au vendeur, il les paye aux créanciers inscrits. Cette différence de position doit conduire à des conséquences différentes. Quand on dit que l'acquéreur du n° 2 est aussi subrogé en vertu du n° 3, cela n'est pas tout à fait exact ; cela n'est vrai que si l'acquéreur paye au delà de son prix, en payant de ses propres deniers ; alors l'acquéreur est un vrai tiers détenteur, et il peut invoquer le bénéfice du n° 3 avec toutes ses conséquences, la subrogation est complète, elle comprend tous les droits du créancier que le tiers détenteur paye de ses deniers. Mais quand l'acquéreur emploie le prix qu'il doit au ven-

deur à désintéresser les créanciers de celui-ci, il ne fait aucune avance, et, en principe, il n'a aucun recours, car il a payé ce qu'il doit ; or, la fiction de la subrogation n'a été imaginée que pour assurer le recours de celui qui paye sans qu'il fût personnellement obligé de payer, ou qui paye au delà de ce qu'il était tenu de payer. Donc, en principe, l'acquéreur qui paye son prix ne devrait pas être subrogé. S'il l'est, c'est uniquement pour le mettre à l'abri de la poursuite hypothécaire des créanciers qu'il n'a pas pu désintéresser. C'est donc une subrogation exceptionnelle ayant un objet spécial et une raison spéciale ; dès lors il faut la limiter à cet objet et la restreindre dans les limites pour lesquelles la loi l'a établie (1). »

Nous reconnaissons avec Laurent qu'il existe une différence considérable entre l'acheteur qui paye son prix aux créanciers inscrits et celui qui, après avoir payé une première fois entre les mains du vendeur, se voit contraint de désintéresser un créancier inscrit, pour se soustraire à l'expropriation. Mais que résulte-t-il de là ? Il en résulte une différence fondamentale : tandis que le second peut réclamer au vendeur le remboursement de ce qu'il a payé pour lui au delà de son prix d'acquisition, le premier, n'ayant

1. LAURENT. *Principes du Code civil français*, tome 18, n° 118.

rien payé au-delà de ce prix, n'a aucun recours à exercer. Dès lors, s'il n'a aucun recours, la subrogation ne lui est d'aucune utilité pour le moment. Cette utilité n'apparaîtra que le jour où un créancier non payé lui fera sommation de payer ou de délaisser. Alors, ou bien l'acquéreur se laissera exproprier, ou bien il payera le créancier poursuivant. S'il se laisse exproprier, il pourra produire à l'ordre ouvert pour la distribution du prix, et, si le prix d'adjudication ne suffit à le faire rentrer dans ses déboursés, il sera subrogé en vertu du n° 3. S'il paye pour éviter l'expropriation, il se trouvera avoir payé plus que son prix d'acquisition et là encore, de l'aveu même de Laurent, il rentre dans l'hypothèse du n° 3.

On voit par ce qui précède que la situation sur laquelle on discute ne se présentera jamais. En effet celui qui n'a payé que son prix d'acquisition n'a aucun recours, et par suite aucun besoin de la subrogation, tant qu'il n'est pas troublé dans sa possession, et, dès que ce trouble se produit, il se trouve subrogé en vertu du n° 3.

La Cour de cassation s'est prononcée indirectement pour la solution extensive dans un arrêt du 28 décembre 1853. « Attendu, dit cet arrêt, qu'aux termes de l'article 1251, l'acquéreur qui emploie son prix à payer un créancier inscrit sur l'immeuble par lui acquis, est subrogé de plein droit au créancier par

lui payé, et qu'aux termes de l'article 1252 du même Code, cette subrogation a lieu tant contre le débiteur principal que contre la caution (1). »

M. Laurent prétend que cette décision n'est pas opposée à notre opinion. « Cet arrêt, dit-il, est étranger à notre question, ce n'est que par induction que l'on pourrait en conclure que l'acquéreur est subrogé aux droits du créancier contre les tiers détenteurs. Mais dans une matière aussi subtile que la nôtre il faut se garder d'une argumentation pareille » (2). Nous nous permettons de ne pas partager sur ce point l'avis du jurisconsulte belge. Reconnaître que l'acquéreur est subrogé aux droits du créancier contre la caution, c'est reconnaître que la subrogation s'étend à des droits autres que l'hypothèque qui grevait l'immeuble acquis; et, dès que l'on admet cette extension, il n'y a plus aucune raison de la limiter à la caution, il faut l'étendre à tous les droits du créancier, par conséquent aux hypothèques grevant d'autres immeubles. En vain dit-on qu'en ce qui concerne la caution, il y a un texte formel, l'article 1252, aux termes duquel « la subrogation établie par les articles précédents a lieu tant contre les cautions que contre les débiteurs. » Ce texte a trait aux effets ordinaires de la subrogation. Mais, dès que l'on ad-

1. Cassation, 28 décembre 1853, D., 54.1.10 et 56.1.355.

2. LAURENT, tome 18, n° 120, page 149.

met, comme le fait Laurent, une exception, il faut tirer de cette exception toutes les conséquences qui en découlent et ne pas s'étonner que ces conséquences d'une exception soient opposées à celles qui résultent de la règle.

SECTION II

L'acquéreur n'est pas débiteur du prix.

Il peut arriver que l'acheteur, ayant payé son prix entre les mains du vendeur, soit poursuivi par des créanciers hypothécaires non payés. L'acquéreur peut être aussi un donataire ou un légataire. Dans ces deux cas l'acquéreur ne serait pas subrogé, s'il n'y avait que le 2° de l'article 1251, puisqu'il n'a pas « employé le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels son héritage était hypothéqué », mais il est subrogé en vertu du 3°, car il était tenu pour un autre au paiement de la dette.

Dans quelle mesure s'opère cette subrogation ? Pour plus de clarté prenons un exemple. Une créance de 80.000 francs est garantie par trois hypothèques : la première, portant sur l'immeuble A, valant 50.000 fr. ; la seconde, sur l'immeuble B, valant 30.000 francs ; la troisième, sur l'immeuble C, valant 20.000 francs. Puis le constituant aliène l'immeuble A au profit de Pri-

mus, l'immeuble B au profit de Secundus, l'immeuble C au profit de Tertius. Primus poursuivi par le créancier paye l'intégralité de la dette. Que pourra-t-il réclamer à Secundus et à Tertius en vertu de la subrogation ?

D'après une première opinion le tiers détenteur qui a payé pourrait recourir contre les autres tiers détenteurs pour le tout. Par conséquent, dans notre espèce, Primus pourrait réclamer soit à Secundus, soit à Tertius, les 80.000 francs qu'il a versés. Le créancier, dit-on dans cette opinion, pourrait réclamer à l'un quelconque des tiers détenteurs le paiement intégral de la dette, sauf le droit pour ceux-ci de se soustraire au paiement en délaissant l'immeuble, puisqu'ils ne sont tenus que *re tantum*. Or le tiers détenteur qui paye est subrogé dans tous les droits et actions du créancier. Il doit donc pouvoir exercer les mêmes recours que lui.

A cette opinion déjà soutenue dans notre ancien droit, Pothier faisait une objection dictée par le bon sens : « Il ne peut pas, néanmoins, les exercer solidairement contre ce tiers détenteur, car il se ferait un circuit d'actions, le détenteur, qui payerait le total de la dette à ce premier cessionnaire des actions du créancier, devrait à son tour être subrogé aux actions et hypothèques du créancier, et, en vertu de cette subrogation, il exercerait les mêmes actions contre le débiteur, à qui il a payé la dette, que ce détenteur

a exercées contre lui (1). » C'est là une objection bien raisonnable. Une telle conséquence suffit à faire rejeter le système qui y conduit. Nous avons déjà repoussé dans une précédente hypothèse ce système inadmissible de subrogations successives.

Laurent prétend que l'objection de Pothier n'est pas fondée. « Le circuit d'actions, invoqué par Pothier, n'existe réellement pas ; quand le détenteur d'un immeuble hypothéqué à la dette a payé, la dette est éteinte à son égard, il est impossible qu'il soit encore assujéti à une action récursoire, puisqu'à son égard il n'y a plus de dette (2). »

MM. Gauthier et Laurent aboutissent à cette conséquence inadmissible que le fardeau de la dette sera supporté en entier par celui des tiers qui sera actionné le dernier (3). Laurent avoue que cette solution ne le satisfait point. Nous le concevons sans peine. Mais il croit que c'est la seule qui soit compatible avec les textes.

Nous ne le pensons point. Tout d'abord cette solution n'est écrite nulle part dans le Code. La vérité, tous le reconnaissent, c'est qu'il y a lacune dans la loi.

Les principes généraux la commandent-ils ? Pas

1. POTHIER, *Traité de l'hypothèque*, ch. II, sect. 1, § 6 ; Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans, n° 42.

2. LAURENT, t. XVIII, n° 128, pages 163 et 164.

3. GAUTHIER. *De la subrogation*, p. 507-514, n°s 469-474.

le moins du monde. Quoi qu'en disent MM. Gauthier et Laurent, les tiers détenteurs ont tous un droit égal à la subrogation. Pourquoi Secundus ou Tertius devrait-il être sacrifié, parce qu'il a plu au créancier de s'adresser à Primus ?

Si l'on devait se refuser à toute division du recours, il nous semblerait plus simple de le supprimer purement et simplement. Cette solution ne serait pas plus équitable que la précédente, puisque, comme elle, elle ferait porter tout le poids de la dette sur un seul des tiers détenteurs, mais elle aurait au moins l'avantage d'être beaucoup moins compliquée. En effet, dans le système que nous combattons, lorsque Secundus aura sur le recours de Primus remboursé à celui-ci les 80.000 francs qu'il a versés, il pourra à son tour recourir contre Tertius. S'il y avait ainsi dix tiers détenteurs, il pourrait y avoir dix recours pour arriver à faire porter tout le poids de la dette sur le dernier. On ne peut nier qu'à vouloir être logique ce système tombe dans l'absurde. Pourquoi tous ces recours successifs pour arriver à une solution aussi peu satisfaisante ?

Nous pensons que rien ne s'oppose à la division du recours. Mais comment doit se faire cette division ?

M. Demolombe pense que le principe de la subrogation réciproque est suffisamment sauvegardé, si l'on permet au tiers détenteur qui a payé de recourir pour le tout contre les autres tiers détenteurs,

déduction faite de la valeur de l'immeuble que lui-même détient.

« Aucun article de notre Code, dit cet auteur, n'a résolu, du moins directement, cette grave controverse. Et, dans le silence des textes, nous serions, pour notre part, porté à proposer la doctrine d'après laquelle celui des tiers détenteurs qui a payé toute la dette, peut, en vertu de la subrogation, exercer un recours pour le tout contre chacun des autres tiers détenteurs, à la charge par lui de consentir que la valeur de l'immeuble, qu'il détient, soit déduite du montant de la créance.

Notre avis est que les principes généraux doivent amener à cette conclusion.

La règle, en effet, est que la subrogation transmet au subrogé tous les droits, qui appartenaient au créancier qu'il a payé ;

Or le créancier avait le droit d'agir, pour le tout, contre chacun des tiers détenteurs des immeubles, qui étaient hypothéqués à sa créance ;

Donc, le même droit doit appartenir à celui des tiers détenteurs, qui lui a été subrogé.

Mais ce tiers détenteur est lui-même soumis à l'effet de la subrogation ! et le même droit qu'il a contre les autres, les autres l'ont contre lui !

Nous le reconnaissons.

Et c'est pourquoi nous demandons au tiers détenteur subrogé de n'agir, pour le tout, contre les autres

tiers détenteurs que déduction faite de la valeur de l'immeuble qu'il détient.

Mais, cette déduction faite, l'objection disparaît.

Et nous cherchons en vain où est l'obstacle qui s'oppose à ce que la subrogation produise, en sa faveur, la plénitude de ses effets.

Il n'est obligé qu'hypothécairement ; et il satisfait à son obligation hypothécaire, en déduisant la valeur de son immeuble du montant de la dette.

Le même droit appartiendra ensuite au second tiers-détenteur, qui aura payé le premier, contre les autres qu'il poursuivra à son tour ; et ainsi successivement jusqu'à l'extinction de la dette (1). »

D'après ce système Primus ne pourra réclamer, soit à Secundus, soit à Tertius, que 30.000 francs, puisqu'il doit déduire du montant de la créance, 80.000 francs, la valeur de l'immeuble A, qui est 50.000 francs. Mais il pourra réclamer ces 30.000 fr. indifféremment, soit à Secundus, soit à Tertius.

Ce système ne fait disparaître qu'en partie les inconvénients du précédent.

Tout d'abord il ne supprime pas toujours les recours postérieurs. Supposons, en effet, que Primus recoure contre Tertius. Celui-ci, lorsqu'il aura remboursé à Primus les 30.000 francs qui représentent le montant de la créance, déduction faite de la valeur

1. DEMOLOMBE, tome 27, n° 658, psges 599 *in fine* et 600,

de l'immeuble A, pourra recourir à son tour contre Secundus, puisque son immeuble C ne vaut que 20.000 francs.

Ensuite ce système aboutit à des résultats qui, pour être moins iniques que ceux du précédent, ne sont pas pour cela très satisfaisants.

Nous venons de voir qu'il pourra arriver que Secundus ne contribue que pour 10.000 francs, c'est-à-dire pour le tiers de la valeur de son immeuble, tandis que Primus et Tertius contribuent pour la valeur totale des leurs.

Si nous supposons que Primus recoure contre Secundus, Tertius sera affranchi de toute contribution, puisque Secundus devrait déduire de sa demande contre lui une somme égale au montant de ses déboursés.

Si enfin nous supposons que c'est Primus qui est actionné le dernier, il ne contribuera que pour 30.000 francs, c'est-à-dire les trois cinquièmes de la valeur de son immeuble, tandis que Secundus et Tertius auront contribué pour la valeur totale des leurs.

Tout cela, on le voit, laisse encore un vaste champ au hasard, au caprice, voire même à la fraude.

Puisqu'il y a une lacune dans la loi et que les principes généraux ne commandent aucune solution, pourquoi ne pas aller tout de suite à la plus équitable? C'est ce qu'ont voulu faire un grand nombre d'auteurs ainsi que la jurisprudence. Nous ver-

rons qu'ils n'y ont pas complètement réussi (1).

D'après cette troisième opinion le tiers détenteur qui a payé ne peut recourir contre les autres tiers détenteurs que dans une mesure proportionnelle à la valeur des immeubles qu'ils détiennent.

Reprenons notre espèce. La valeur totale des immeubles hypothéqués à la dette est de 100.000 fr. L'immeuble A représente la moitié ou les cinq dixièmes de cette valeur totale ; l'immeuble B en représente les trois dixièmes ; l'immeuble C le cinquième ou les deux dixièmes. Primus devra donc contribuer à la dette pour la moitié ou 40.000 francs ; Secundus pour les trois dixièmes ou 24.000 francs ; Tertius pour un cinquième ou 16.000 francs. Par conséquent, si c'est Primus qui paye le créancier, il pourra réclamer 24.000 francs à Secundus, et 16.000 à Tertius ; si c'est Secundus, il pourra réclamer 40.000 francs à Primus, et 16.000 à Tertius ; si c'est Tertius, il pourra réclamer 40.000 francs à Primus, et 24.000 à Secundus.

Ce système est d'ailleurs en harmonie avec des solutions consacrées par la loi dans des cas présen-

1. GRENIER, *Des hypothèques*, t. II, n° 497 ; TROPLONG, *Des hypothèques*, t. IV, n° 788 *ter* ; MOURLON, *Des subrogations personnelles*, p. 65 et suiv. ; ZACHARIE, AUBRY ET RAU, t. IV, p. 188 ; COLMET DE SANTERRE, t. V, n° 197 *bis*, VI IX ; LAROMBIÈRE, t. III, art. 1251, n° 28.

tant une grande analogie avec celui qui nous occupe. La caution qui a payé toute la dette peut, aux termes de l'article 2033, recourir contre les autres cautions, mais seulement pour leur part et portion, et nous avons interprété ce texte dans ce sens que chacune d'elles n'était tenue que proportionnellement à la portion de la dette qu'elle avait cautionnée. Les articles 875 et 1214 consacrent des solutions analogues. L'article 875 suppose qu'un cohéritier a payé une dette au delà de la part pour laquelle il était tenu. Ce cohéritier ne pourra, même s'il a été subrogé dans les droits hypothécaires du créancier, recourir contre ses cohéritiers que pour leur part et portion. L'article 1214 applique la même règle aux codébiteurs solidaires d'une même dette. Le codébiteur solidaire qui a payé ne peut réclamer aux autres que leur part et portion dans la dette.

C'est cet argument d'analogie qui a inspiré un arrêt de la cour de Paris en date du 19 décembre 1835. Les époux Firmin d'une part, les époux Lefranc d'autre part, avaient acheté au sieur Gentil différents immeubles grevés les uns et les autres du privilège d'un précédent vendeur, lequel privilège était passé par l'effet d'une subrogation sur la tête d'un sieur Bernard. Celui-ci poursuivit les époux Firmin, lesquels, pour éviter l'expropriation, lui payèrent une somme dépassant de 21.710 fr. 32 le montant de leur prix d'acquisition. Ils saisirent

d'abord un immeuble appartenant à leur vendeur sur le prix duquel ils touchèrent 7816 francs. Il leur restait donc encore dû 13.894 fr. 32. Ils réclamèrent cette somme aux époux Lefranc. Ceux-ci prétendaient n'être tenus de verser qu'une somme de 5686 fr. 60 dont ils se trouvaient encore débiteurs envers Gentil. Le tribunal de la Seine avait donné gain de cause aux époux Firmin. Sur appel, la cour de Paris rendit l'arrêt sus-indiqué dont voici le passage principal :

« Mais considérant que, si la subrogation des époux Firmin doit produire son plein et entier effet sur l'immeuble acquis par les époux Lefranc, pour la somme de 5686 fr. 60, dont les époux Lefranc se sont reconnus débiteurs sur leur prix par acte du 9 novembre 1833, il ne doit pas en être de même pour la somme dont ils pourraient être tenus hypothécairement au delà de leur prix, comme tiers détenteurs ; qu'en déduisant des 13.894 fr. 32 réclamés par les époux Firmin, les 5686 fr. 60 dus par les époux Lefranc, il reste une somme de 8.207 fr. 72, dont les tiers détenteurs sont tenus hypothécairement au delà du prix de leurs acquisitions ;

Considérant, à cet égard, que les deux tiers détenteurs étaient tenus au même titre, au paiement de cette somme, qu'ils doivent être assimilés à des cautions solidaires dont l'une aurait été contrainte de payer la totalité de la dette ; que, dès lors, ils doivent

y contribuer chacun en proportion du prix de son acquisition, et qu'ainsi la subrogation au profit des époux Firmin ne peut produire effet que dans cette proportion ;

Considérant que cette proportion est de 5.995 fr. 39 pour les époux Firmin, acquéreur pour 40.000 francs, et de 2.212 fr. 32 pour les époux Lefranc, acquéreurs pour 15.000 francs ; — Considérant dès lors que les époux Firmin ne pouvaient recourir contre les époux Lefranc que pour les deux sommes de 5.686 fr. 60 et 2.212 fr. 32, ensemble 7.898 fr. 92 ; — Considérant que les offres faites par les époux Lefranc, tant en première instance que devant la cour, du solde de leur prix seulement. sont insuffisantes ; ... Infirme, en ce que les premiers juges ont ordonné la continuation des poursuites pour la somme totale de 13.892 fr. 34 ; — Émendant, quant à ce, réduit à 7.898 fr. 92, la somme principale due par les époux Lefranc ; — Ordonne la continuation des poursuites, mais seulement jusqu'à concurrence de la-dite somme de 7.898 fr. 92, etc. (1). »

Cette solution est certainement la plus équitable, quand les tiers détenteurs sont, comme dans cette espèce, *in pari causa*, quand ce sont tous des acheteurs ou tous des donataires ou des légataires.

Mais M. Demolombe fait très justement remarquer

1. Paris, 19 décembre 1835, D., 1836. 2. 79.

que les tiers détenteurs ne sont pas tous *in pari causa*. En effet peut-on dire qu'un donataire ou un légataire, qui n'a fourni aucune contre-valeur, est dans la même situation qu'un acheteur, qui a payé son prix ? Non très certainement, et ce n'est pas juger conformément à l'équité que de les traiter de la même façon.

Demolombe a dit en parlant du donataire ou du légataire : « Et, de plus, en ce qui le concerne, nous « déclarons n'être nullement ému de voir les créanciers « *qui certant de damno vitando*, l'emporter sur ce donata- « taire, *qui certat de lucro captando* (1). » L'auteur nous semble avoir perdu de vue le point en discussion, car il ne s'agit pas ici des rapports des créanciers avec les tiers détenteurs, mais des rapports de ceux-ci les uns avec les autres. Mais nous retiendrons de ce passage cette idée que ceux qui luttent pour éviter une perte (*qui certant de damno vitando*) doivent l'emporter sur ceux qui luttent pour réaliser un gain (*qui certant de lucro captando*).

Une tradition qui remonte au droit romain fait de cette idée une application bien connue dans la matière de l'action paulienne. Lorsqu'un créancier attaque un acte passé par son débiteur en fraude de ses droits, il doit prouver la complicité du tiers qui a traité avec le débiteur, si ce tiers est un ayant-cause à titre onéreux, parce qu'alors tous deux luttent pour

1. DEMOLOMBE, tome 27, n° 658 *in fine*.

éviter une perte (*certant de damno vitando*), tous deux sont *in pari causa*. Mais si le tiers qui a traité avec le débiteur est un ayant-cause à titre gratuit, le créancier n'a plus besoin de prouver sa mauvaise foi, parce qu'alors ce tiers lutte pour réaliser un gain, tandis que le créancier lutte toujours pour éviter une perte ; ils ne sont plus *in pari causa*.

Nous invoquerons cet argument, quand il s'agira de décider qui doit l'emporter de la caution ou du tiers détenteur. Pourquoi cet argument jugé bon, lorsqu'il s'agit de la caution, perdrait-il de sa valeur, quand on l'invoque en faveur d'un tiers détenteur qui a acquis à titre onéreux ?

Mais, dira-t-on, la caution n'a commis aucune faute, tandis que l'acheteur en a commis une en ne purgeant pas.

Sans doute, mais le donataire a commis la même imprudence. A cet égard il est exact de dire qu'ils sont *in pari causa*.

Faisons l'application de ce système à notre espèce.

Supposons d'abord que Tertius soit un donataire et que Primus ait payé la dette. Tertius ayant acquis à titre gratuit, c'est contre lui que Primus devra diriger son recours jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble C, soit 20.000 francs. Cette première opération effectuée, il restera 60.000 francs à répartir entre Primus et Secundus, et alors nous ferons cette répartition suivant l'opinion générale, puisque

ces tiers détenteurs sont *in pari causa*. L'immeuble A représentant les cinq huitièmes de la valeur totale des immeubles A et B, Primus qui le détient devra contribuer au paiement de ces 80.000 francs pour les cinq huitièmes, c'est-à-dire pour 37.500 francs. L'immeuble B représentant les trois autres huitièmes de la valeur totale de 60 000 francs, Secundus devra contribuer pour les trois huitièmes des 60.000 francs ou 22.500 francs.

On voit que ce système modifie les résultats du précédent, puisque Primus contribue pour 37.500 fr. au lieu de 40.000. Secundus pour 22.500 au lieu de 24.000 et Tertius pour 20.000 au lieu de 16.000.

Supposons maintenant que Secundus et Tertius soient tous deux des donataires. Primus pourra les faire contribuer d'abord pour la valeur de leurs immeubles, c'est-à-dire Secundus pour 30.000 francs et Tertius pour 20.000. Il restera 30.000 francs qui seront à la charge de Primus.

Si la valeur totale des immeubles B et C dépassait le montant de la créance, Secundus et Tertius devraient contribuer pour une part proportionnelle à la valeur de leur immeuble, puisqu'ils sont *in pari causa*. Quant à Tertius, il serait exonéré de toute contribution.

Il est vrai que nous faisons perdre ainsi aux donataires et légataires le bénéfice de leurs dons et legs. Mais que ceux-ci ne se plaignent pas ! Le créancier

pouvait leur demander le payement intégral de la dette. Ils eussent dû alors, pour conserver leurs immeubles, verser 80.000 francs. Ils seraient mal venus à récriminer contre un système qui les oblige à verser une somme très inférieure.

En vain dirait-on que les donataires ou légataires pouvaient se soustraire au payement de la dette en délaissant leurs immeubles. Cette faculté ne leur est pas ôtée : ils peuvent en user à l'égard du subrogé, comme ils pouvaient le faire à l'égard du subrogeant.

On ne saurait nous objecter non plus que le donataire qui aurait payé la dette aurait été subrogé contre les autres tiers détenteurs, car nous retomberions ainsi dans la question qu'il s'agit de résoudre. Les rôles seuls seraient changés. Le donataire serait demandeur dans l'action en recours au lieu d'être défendeur, mais la part contributoire de chaque tiers détenteur resterait absolument la même. Nous avons raisonné sur l'hypothèse où le *solvens* est un acheteur ; nous aurions pu tout aussi bien supposer que c'était un donataire ou un légataire. Les résultats n'en eussent été modifiés en rien.

Qu'on ne déplore pas trop le sort, peut-être rigoureux en apparence, que nous faisons aux donataires et légataires ! Leur situation est encore plus mauvaise, quand ils se trouvent en présence d'une caution, puisque nous reconnaitrons à celle-ci le droit

de leur faire supporter tout le poids de la dette. D'ailleurs la loi elle-même traite le donataire plus rigoureusement que l'acheteur, puisqu'elle refuse au premier le recours en garantie qu'elle accorde au second. Comprendrait-on que le donataire puisse être mieux traité dans ses rapports avec des tiers que dans ses rapports avec le donateur.

CHAPITRE IV

Des droits hypothécaires de la caution subrogée.

SECTION I

Conflit d'une caution personnelle et d'un tiers détenteur

L'article 1251-3° nous indique comme étant subrogé de plein droit aux droits du créancier « celui qui, étant tenu pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. » Par cette expression le législateur entend désigner la caution. La caution qui paye le créancier est donc subrogée aux droits de celui-ci. Si l'on s'en tenait à ce texte, il n'y aurait lieu à aucun doute en ce qui concerne notre sujet : la caution serait certainement subrogée à tous les droits hypothécaires du créancier. Mais d'autres raisons ont fait mettre en doute cette solution pour l'exercice du droit de suite. Il nous faut donc distinguer entre le droit de suite et le droit de préférence.

En ce qui concerne le droit de préférence il n'y a lieu à aucun doute. Primus est créancier de Secundus et sa créance est garantie par une double sûreté :

l'engagement d'une caution, Tertius, et une hypothèque sur un immeuble appartenant au débiteur. En vertu de cette hypothèque, si l'immeuble vient à être vendu, Primus pourra se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers de Secundus. Si Tertius paye la dette, il sera subrogé de plein droit au droit de Primus et pourra comme lui se faire payer par préférence sur le prix de l'immeuble hypothéqué.

Supposons maintenant que l'immeuble hypothéqué a été aliéné par le débiteur. Si l'on s'en tenait à l'article 1251 on aboutirait aux solutions suivantes : si la caution paye le créancier, elle est subrogée aux droits de ce dernier contre le tiers acquéreur ; si au contraire c'est le tiers acquéreur qui désintéresse le créancier, il se trouve subrogé aux droits de celui-ci contre la caution. Ce serait donc en définitive celui des deux qui se sera laissé devancer qui supporterait le poids de la dette. Cette solution n'est pas admissible. On ne saurait en effet faire dépendre de circonstances aussi incertaines la situation respective de ces deux personnes.

Si l'on ne trouvait ni dans les principes généraux, ni dans les textes, des raisons de résoudre la question soit en faveur de la caution, soit en faveur du tiers détenteur, il faudrait admettre que ces deux personnes ayant un droit égal à la subrogation doivent supporter la dette chacune pour moitié. Si donc c'était

la caution qui avait payé le créancier, elle pourrait recourir contre le tiers acquéreur, mais seulement pour la moitié de la dette. Si au contraire c'était le tiers détenteur qui, pour soustraire son immeuble aux poursuites du créancier, avait payé le montant de la dette, il pourrait réclamer à la caution la moitié de ses déboursés.

Mais telle n'est pas la solution. On admet généralement que l'une de ces deux personnes doit être préférée à l'autre. Seulement, tandis que les uns soutiennent que c'est la caution qui, dans tous les cas, doit supporter le poids de la dette, d'autres mettent cette charge au compte du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué.

Les partisans des deux systèmes s'appuient les uns et les autres sur l'article 2170. Commençons donc par donner le texte de cet article : « Néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même date dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre Du cautionnement ; pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué. »

Dans le système qui met la dette à la charge de la caution — système soutenu par Troplong — on sup-

pose que le législateur a compris la caution parmi les principaux obligés, et on raisonne de la manière suivante. Le tiers détenteur peut dire au créancier qui veut saisir son immeuble : attaquez-vous d'abord à la caution ; si l'immeuble qu'elle a entre les mains ne suffit pas à vous désintéresser, mais alors seulement, vous vous retournerez contre moi. Peut-on supposer dans ces conditions que la caution puisse dire ensuite au tiers détenteur : j'ai payé la dette de Primus, je suis subrogée à ses droits, donc à son hypothèque sur l'immeuble dont vous êtes propriétaire ; veuillez donc me rembourser. A quoi servirait donc l'exception de discussion du tiers détenteur ? Elle ne serait qu'une exception dilatoire ; or tel n'est certainement pas son caractère.

Ce raisonnement serait probant, dit-on dans l'opinion adverse, si son point de départ était exact. Le malheur est précisément qu'il ne l'est pas. Il est absolument déraisonnable de soutenir que l'expression « principaux obligés » puissent s'appliquer à la caution. Par principaux obligés le législateur a entendu les personnes obligées principalement à la dette, les codébiteurs. Or on oppose la caution, débiteur accessoire, au débiteur principal.

Il s'agit de savoir si tel était le langage des jurisconsultes à l'époque du Code civil. Troplong l'affirme : « J'ai souvent entendu regretter, dit-il, que Code civil n'ait pas un titre *De verborum signifi-*

catione, à l'exemple du droit romain. Si ce titre existait, on ne se trouverait pas arrêté par de telles controverses. Parlons, en effet, la langue du droit tel qu'il était fixé avant le Code civil et tel que le Code civil a bien certainement voulu qu'il restât fixé dans ses formules. Or, dans la bouche des jurisconsultes, les mots obligés principaux ont toujours compris les cautions, alors qu'il s'est agi de dessiner la différence de position qui existe entre le tiers détenteur, tenu *re tantum*, et ceux qui ont contracté un engagement personnel. Le fidéjusseur est, par rapport au tiers détenteur un obligé principal, parce que le lien personnel, qui est le lien principal, l'enchaîne invinciblement, tandis que le tiers détenteur, n'étant pas obligé personnel, n'est jamais tenu qu'à titre d'accessoire (1). »

L'argumentation de Troplong serait irréfutable, si son affirmation était démontrée exacte. Il est bien certain, en effet, que si le langage habituel des jurisconsultes était tel que le prétend cet auteur, l'interprétation, qu'il donne des mots « principaux obligés » s'imposerait. Mais Troplong nous paraît précisément avoir encouru le reproche de ne pas justifier son affirmation. Sans doute il invoque des textes. Il insiste notamment sur le passage suivant extrait des œuvres du jurisconsulte Huberus : *Si*

1. TROPLONG, *Du cautionnement*, n° 429.

debitor ejusque heredes non exstent, priusquam tertius possessor excutiatur, fidejussores conveniendi sunt qui scilicet ut principales debitores sunt obligati et actionem principalem participant... (1) »

C'est là un texte qui ne saurait guère l'emporter sur un autre de Pothier dont nous tirerons argument tout à l'heure. Huberus est d'ailleurs un jurisconsulte obscur, qui semble bien n'avoir eu aucune influence sur les rédacteurs du code civil.

On invoque encore à l'appui de ce système l'article 2023 aux termes duquel la caution qui requiert la discussion ne doit pas indiquer au créancier les biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. Si la caution, dit-on, ne peut renvoyer le créancier à discuter les biens hypothéqués, lorsque ceux-ci sont passés entre les mains d'un tiers détenteur, c'est que le législateur entend faire à celui-ci une condition préférable à celle de la caution. Or il n'en serait pas ainsi si la caution pouvait contraindre le tiers détenteur à lui rembourser ce qu'elle a payé au créancier.

Si l'interprétation donnée par Troplong de l'article 2170 était exacte, l'article 2023 pourrait être considéré comme confirmant la solution tirée de cet article. En effet si d'une part le tiers détenteur pou-

1. *De pign. et hyp.*, n° 9, p. 1633, cité dans TROPLONG, *Des hypothèques*, n° 800 en note.

vait renvoyer le créancier à discuter les biens hypothéqués appartenant à la caution, et que, d'autre part, celle-ci ne pût renvoyer le créancier à discuter les immeubles hypothéqués appartenant au tiers détenteur, il y avait là une double et forte présomption en faveur du système de Troplong.

Mais, étant donné que nous allons rejeter cette interprétation, l'argument tiré de l'article 2023 perd toute sa force, car il résulte des travaux préparatoires que cette disposition a été édictée dans l'intérêt du créancier. On voit d'ailleurs par le texte même de l'article que le législateur a voulu faire en sorte que le bénéfice de discussion de la caution ne devienne pas pour le créancier une source de difficultés. S'il permet à la caution de renvoyer le créancier à discuter les biens du débiteur principal, il ne lui permet d'indiquer comme devant faire l'objet de la discussion ni les biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour d'appel, du lieu où le paiement doit être fait, ni les biens litigieux, et c'est à ces biens que l'article ajoute « ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur. »

Les adversaires du système de Troplong invoquent, avons-nous dit, l'article 2170 dans lequel ils entendent les mots « principaux obligés » dans le sens où l'on emploie ordinairement l'expression débiteur principal. Ils invoquent aussi l'article 2037. C'est

aussi sur ce texte que nous allons nous appuyer pour adopter leur opinion, mais beaucoup plus, comme on le verra, par un argument historique, que par un argument tiré du texte lui-même.

Ce dernier argument nous paraît en effet assez faible. Avant de discuter reproduisons ce texte : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. »

Voici comment Demolombe formule l'argument de texte proprement dit : « L'article 2037 dispose de la manière la plus absolue qu'elle (la caution) est déchargée, lorsque la subrogation aux hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer par le fait de ce créancier ; or l'hypothèque comprend deux attributs : le droit de préférence et le droit de suite ; donc la caution est déchargée, lorsque la subrogation à l'un ou à l'autre de ces attributs ne peut plus s'opérer par le fait du créancier (1). » Pour compléter le raisonnement il faudrait ajouter : si la caution est déchargée, quand le créancier a laissé périr le droit de suite, c'est donc qu'elle a un droit éventuel d'être subrogé à ce droit de suite.

Cette argumentation nous semble renfermer une pétition de principe. Elle suppose en effet résolue

1. DEMOLOMBE, tome 27, n° 651, page 586.

la question de savoir si la caution est subrogée aux droits du créancier contre le tiers détenteur. S'il était établi par ailleurs que la caution n'est pas subrogée au droit de suite du créancier hypothécaire, l'article 2037 n'en conserverait pas moins un champ d'application très vaste. Il aurait son utilité, tant que l'immeuble hypothéqué resterait entre les mains du débiteur. Supposons que le créancier ait donné mainlevée de l'hypothèque ou qu'il ait laissé périmer l'inscription. Si plus tard il réclame son paiement à la caution, celle-ci pourra lui dire : si vous n'aviez pas laissé périr l'hypothèque qui garantissait votre créance, j'aurais pu grâce à la subrogation légale des articles 1251-3° et 2029 me faire payer sur le prix de l'immeuble grevé par préférence aux créanciers chirographaires du débiteur principal, mais aujourd'hui je me trouve par votre fait dans l'impossibilité d'agir ainsi, et je me vois exposé, si je vous paye, aux conséquences de l'insolvabilité de ce débiteur principal ; dans ces conditions je me refuse à payer, comme l'article 2037 m'en donne le droit. On ne saurait donc à notre avis tirer argument du texte même de cet article pour soutenir que la caution n'est pas subrogée au droit de suite du créancier hypothécaire qu'elle désintéresse.

Nous croyons au contraire que l'article 2037 devient un argument, si l'on fait valoir une considération historique. Cet article n'est en effet que la tra-

duction en termes législatifs d'un passage de Pothier, dans lequel ce jurisconsulte examine le point de savoir si la caution peut opposer au créancier hypothécaire l'exception *cedendarum actionum*, lorsque celui-ci n'a commis qu'une simple négligence. Or, comme exemple d'hypothèse de ce genre, Pothier cite le cas du créancier hypothécaire qui n'a pas interrompu la prescription contre le tiers détenteur. Si Pothier donne cet exemple, c'est donc qu'à son avis la caution est subrogée au droit de suite du créancier hypothécaire, car, s'il en était autrement, comment pourrait-elle se prévaloir pour refuser de le payer du fait qu'il a laissé périr ce droit de suite,

Pothier, il est vrai, refuse à la caution dans ce cas l'exception *cedendarum actionum*, mais les motifs qu'il donne de sa décision, confirment notre argument. « Mais, dit-il, une simple négligence de sa part de n'avoir pas interrompé les acquéreurs ou de ne s'être pas opposé aux décrets ne doit pas lui être imputé : 1^o parce que n'étant obligé à la cession de ses actions que par une pure raison d'équité, n'ayant contracté à cet égard envers les autres débiteurs et fidéjusseurs aucune obligation précise de les leur conserver, il suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation, et il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence ; 2^o les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu aussi bien que lui veiller à la

conservation du droit d'hypothèque qui s'est perdu ; ils pouvaient le sommer d'interrupter à leurs risques les tiers acquéreurs, ou de s'opposer aux droits ; ce n'est que dans ce cas auquel ils auraient mis le créancier en demeure, qu'ils peuvent se plaindre qu'il a laissé perdre ses hypothèques : mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé que lui, ils ne seront pas recevables à lui opposer une négligence qui leur est commune avec lui (1). »

On voit par ce texte que Pothier ne paraît pas songer le moins du monde à contester que la caution soit subrogée au droit de suite du créancier, puisqu'il reconnaît à celle-ci le droit de sommer ce dernier d'interrompre la prescription qui court au profit des tiers acquéreurs. Or comme l'article 2037 est manifestement inspiré de ce passage, et que d'ailleurs Pothier est le guide habituel des rédacteurs du Code civil, il est parfaitement rationnel d'interpréter ce texte à la lumière du grand jurisconsulte.

L'opinion adverse invoque, il est vrai, un autre passage du même auteur en contradiction absolue avec celui-ci. Dans son Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans : « L'exception de discussion est une exception que les tiers détenteurs ont droit d'opposer contre l'action hypothécaire, pour l'arrêter jusqu'à ce que le créancier ait discuté les biens des

1. POTHIER. *Des obligations*, n° 557, *in fine*.

débiteurs et des cautions (1). » C'est le système de l'article 2170 interprété par Troplong. N'est-il pas naturel de penser que les rédacteurs du Code civil ont plutôt dû s'inspirer du *Traité des obligations* où ces questions sont étudiées à fond que de l'*Introduction à la Coutume d'Orléans*, où elles ne sont abordées qu'accidentellement.

Des arguments d'équité viennent d'ailleurs à l'appui de cette solution.

Supposons d'abord que le tiers détenteur soit un acquéreur à titre gratuit, donataire ou légataire. Le système qui refuse le droit de suite à la caution subrogée aboutit à lui préférer cet acquéreur à titre gratuit. Cependant la caution qui rend un service gratuit, *qui certat de damno vitando* ne mérite-t-elle pas plus la protection du législateur que l'acquéreur, donataire ou légataire, *qui certat de lucro captando*.

Supposons maintenant que le tiers détenteur soit un acheteur. La situation de cet acheteur pouvait à la rigueur être prise en considération dans notre ancien droit où les hypothèques étaient occultes. Il n'avait aucun moyen de connaître celles qui grevaient l'immeuble dont il se rendait acquéreur, et l'on concevrait que le législateur se fût montré bienveillant à son égard.

1. Pothier, Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans.

Remarquons toutefois que l'acheteur pouvait même alors se voir sans injustice préférer la caution. En effet le créancier hypothécaire eût pu conserver indéfiniment son droit de suite sur cet immeuble. Qu'importait à l'acheteur de se voir poursuivre par le créancier primitif ou par la caution subrogée ! Sa condition n'est nullement aggravée par le fait de la subrogation.

Mais aujourd'hui que les hypothèques sont rendues publiques au moyen de l'inscription, l'acheteur ne peut s'en prendre qu'à lui, s'il est contraint de payer deux fois. Il n'avait pour connaître la situation hypothécaire de son immeuble qu'à se faire délivrer par le conservateur des hypothèques un état des inscriptions existant sur les précédents propriétaires. S'il ne l'a pas fait, il a commis une grave imprudence. S'il l'a fait, il pouvait libérer son immeuble en remplissant les formalités de la purge, et il est encore plus inexcusable, connaissant les hypothèques dont cet immeuble était grevé, de n'avoir pas agi ainsi.

On voit qu'acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux, le tiers détenteur ne mérite guère la faveur du législateur.

Tout autre est la caution qui a rendu au débiteur principal un service gratuit. Le cautionnement est un acte très utile qui doit être encouragé. C'est dans ce but que la pratique romaine imagina le bénéfice

de cession d'actions, que la théorie de la subrogation fut inventée et reçut une extension de plus en plus considérable. Ne serait-ce pas aller contre ce but que de faire dépendre d'une aliénation consentie par le débiteur les droits éventuels de la caution à l'hypothèque du créancier ?

Une autre considération très digne d'intérêt est la suivante : très souvent la caution ne se sera engagée que parce qu'elle a compté sur l'hypothèque pour assurer l'efficacité de son recours contre le débiteur principal. Si le créancier avait laissé périr l'hypothèque qui garantissait sa créance, la caution pourrait lui dire : si vous aviez conservé votre hypothèque, celle-ci passerait aujourd'hui sur ma tête et garantirait l'efficacité de mon recours contre le débiteur principal ; cette hypothèque vous l'avez laissée périr, c'est à vous et non à moi de supporter les conséquences de votre faute ; je refuse de vous payer. Lorsque c'est le débiteur qui a aliéné son immeuble, le créancier ne saurait être rendu responsable d'un acte auquel il n'a pris aucune part, et la caution ne pourrait lui opposer une exception de ce chef. Mais, si celle-ci ne pouvait agir contre le tiers détenteur, il arriverait que le débiteur, qui est l'obligé de la caution, pourrait lui causer un préjudice que le créancier serait impuissant à lui faire subir. C'est là un résultat inadmissible, d'autant plus que, comme nous l'avons vu précédemment, le tiers déten-

teur ne mérite guère la sollicitude du législateur.

On s'est appuyé sur cette dernière considération pour soutenir que la caution n'était pas subrogée au droit de suite du créancier hypothécaire, lorsque la constitution de l'hypothèque était postérieure à son engagement. Du moment, dit-on, que l'hypothèque n'existait pas, lorsque la caution s'est engagée, celle-ci n'a pu compter sur elle pour garantir son recours. Dès lors serait-elle bien venue à se plaindre de la perte d'un droit sur lequel elle ne devait pas compter.

On tire argument d'une opinion généralement admise d'après laquelle la caution ne pourrait opposer au créancier l'exception de l'article 2037, lorsque les sûretés qu'il a laissées périr n'ont été fournies qu'après le cautionnement. Si la caution ne peut dans cette hypothèse reprocher au créancier d'avoir laissé périr son droit contre le tiers détenteur, c'est donc qu'elle ne serait pas subrogée à ce droit, s'il existait encore.

Nous ferons d'abord remarquer que les articles 1251-3° et 2029 ne font aucune distinction entre les droits appartenant au créancier lors de l'engagement et ceux qui n'ont pris naissance que plus tard. La caution est subrogée à tous les droits qui assureraient le recouvrement de la créance au moment du paiement.

Nous ne pensons pas que l'opinion généralement

adoptée sur l'article 2037 entraîne la conséquence qu'on veut lui faire produire. En effet ce n'est pas seulement en ce qui concerne le droit de suite que la caution ne peut dans cette hypothèse se prévaloir de l'article 2037. Il en est de même lors que, l'immeuble hypothéqué étant encore entre les mains du débiteur principal, le créancier a laissé périr son droit de préférence. Bien plus, il en est de même lorsque le créancier a laissé périr une sûreté quelconque (cautionnement, solidarité). A-t-on jamais conclu de là que la caution n'est pas subrogée à ces sûretés, lorsqu'elles ne sont pas éteintes ? Pas le moins du monde. Pourquoi donc ce raisonnement, jugé mauvais, quand il s'agit de sûretés autres que l'hypothèque, ou même quand il s'agit du droit de préférence attachée à l'hypothèque, deviendrait-il bon, lorsqu'il s'agit du droit de suite ?

SECTION II

Conflit d'une caution réelle et d'une caution personnelle.

Nous avons supposé dans l'hypothèse précédente que l'hypothèque avait été constituée par le débiteur

principal sur un immeuble lui appartenant et que ce débiteur avait ensuite transféré à un tiers la propriété de l'immeuble grevé. Il nous faut examiner maintenant une autre hypothèse.

Supposons qu'une créance est garantie à la fois par l'engagement d'une caution et par une hypothèque constituée par un tiers sur un immeuble lui appartenant. Nous sommes en présence d'une caution personnelle et d'une caution réelle. Si la caution personnelle paye le créancier, sera-t-elle subrogée aux droits de celui-ci contre la caution réelle ? Si oui, dans quelle mesure pourra-t-elle recourir contre celle-ci ?

La difficulté vient de ce que le rôle de la caution réelle tient à la fois de celui de la caution personnelle et de celui du tiers détenteur. Comme la première, elle s'est engagée pour la dette d'autrui ; comme le second elle n'est tenue que *re tantum*.

Pour nous, qui avons reconnu à la caution un droit de suite contre le tiers détenteur, la réponse à la première question n'est pas douteuse. Que nous considérions la caution réelle comme une caution ou comme un tiers détenteur, nous devons permettre à la caution personnelle de recourir contre elle.

Dans l'opinion adverse cette première question elle-même est controversée. Si c'est le caractère de tiers détenteur qui prédomine, la caution person-

nelle ne sera pas subrogée aux droits du créancier contre la caution réelle. Si au contraire c'est le caractère de caution qui l'emporte la subrogation s'opérera au profit de la caution personnelle.

L'intérêt de la question apparaît pour nous dans la seconde des deux questions que nous avons posées : dans quelle mesure la caution personnelle peut-elle recourir contre la caution réelle. Si nous considérons la caution réelle comme un tiers détenteur, nous permettrons à la caution personnelle de recourir contre elle pour l'intégralité de la dette. Si nous la considérons comme une caution, nous ne permettrons à la caution personnelle de recourir contre elle pour sa part et portion (art. 2033).

Maintenant que l'intérêt de la question nous est connue, entrons dans l'étude juridique de la controverse.

Troplong considère la caution réelle comme un tiers détenteur, et comme il ne reconnaît à la caution personnelle aucun recours contre le tiers détenteur, il ne lui en reconnaît par suite aucun contre la caution réelle.

Tout d'abord, dit cet auteur, la caution réelle n'a contracté aucun engagement personnel, elle n'est pas tenue de payer.

Nous ne saurions adhérer à cette manière de voir que la caution réelle ne soit pas tenue personnellement, c'est-à-dire qu'elle ne réponde pas de la dette

sur tous ses biens, c'est incontestable, car c'est là l'une des différences qui existent entre le cautionnement personnel et le cautionnement réel. Mais nous ne pensons pas qu'on puisse conclure de là que la caution réelle n'est pas tenue de la dette. Elle n'en est tenue que sur l'immeuble hypothéqué, mais dans cette mesure elle en est tenue, puisqu'elle ne peut se soustraire à l'expropriation qu'en payant la dette ou en délaissant l'immeuble. La faculté de délaissier n'exclut pas le caractère d'obligation ; elle constitue simplement une *facultas solutionis*, ce qui donne au cautionnement réel le caractère d'une obligation facultative. Mais pour être facultative une obligation n'en est pas moins une obligation véritable.

D'ailleurs Troplong ne tire pas du principe qu'il pose toutes les conséquences qui en résulteraient. Si la caution réelle n'était pas tenue de la dette, elle n'aurait pas droit à la subrogation légale de l'article 1251-3° car ce texte ne subroge de plein droit que « celui qui, *étant tenu* avec d'autres ou pour d'autres *au payement de la dette*, avait intérêt à l'acquitter ». Or quelques lignes plus loin Troplong s'exprime ainsi : « Si, dans l'espèce, le bailleur avait agi contre Secundus (la caution réelle), et que Secundus eût payé, il aurait une action en recours contre les obligés pour se faire intégralement rembourser ; contre le débiteur principal en vertu de l'article 2178 ; contre la caution, en vertu de la subrogation légale des

droits du créancier (1) ». N'y a-t-il pas une contradiction manifeste à prétendre d'une part que la caution réelle n'est pas tenue de la dette et à admettre d'autre part que cette même caution réelle est subrogée de plein droit aux droits du créancier en vertu d'un texte ne s'appliquant qu'aux personnes tenues au paiement.

Troplong prétend ensuite que la caution personnelle ne saurait être subrogée contre la caution réelle, parce que, dit-il, les obligés *re tantum* ne sont tenus qu'à défaut des obligés personnels. C'est l'argument que nous avons déjà réfuté tiré de l'article 2170 dans lequel l'auteur donne aux mots « principaux obligés » le sens d'obligés personnels.

D'après une autre opinion, soutenue par Laurent, la caution personnelle qui a payé pourrait recourir contre la caution réelle pour le tout, et à l'inverse, si c'est la caution réelle qui paye, elle peut également recourir pour le tout contre la caution personnelle. C'est là, dit-on, le principe ordinaire de la subrogation : le subrogé recueille tous les droits qui appartaient au subrogeant ; or nous n'avons aucun texte, ni aucun principe qui nous permette de déroger aux principes généraux de la matière. Si Troplong fait trop bon marché de la logique, Laurent la pousse

1. TROPLONG, *Du cautionnement*, n° 427.

peut-être jusqu'à l'absurde. N'est-il pas déraisonnable de soutenir que de la caution personnelle et de la caution réelle celle des deux qui aura payé pourra se faire rembourser intégralement par l'autre, et que cette dernière devra supporter tout le poids de la dette, alors qu'elle aurait pu en être complètement déchargée, si elle avait pris les devants en payant elle-même le créancier ?

Il nous paraît beaucoup plus raisonnable d'appliquer à notre hypothèse la règle posée par l'article 2033.

La caution réelle nous paraît mériter toute la faveur accordée à la caution personnelle. Ne rend-elle pas, comme celle-ci, un service gratuit au débiteur.

D'autre part elle n'encourt aucune des causes de défaveur que nous avons relevées contre le tiers détenteur. S'étant engagée pour garantir la dette d'autrui, elle lutte toujours de *damno vitando*. Il ne saurait être question de négligence dans la recherche de la situation hypothécaire de l'immeuble, puisque c'est elle-même qui l'a grevé. Enfin on ne saurait lui faire grief de n'avoir pas purgé, puisque d'après l'opinion générale elle n'a pas cette faculté.

En vain nous dirait-on qu'en rédigeant cet article le législateur n'a eu en vue que les cautions personnelles. Nous voulons bien l'admettre, mais nous ne croyons pas abuser de notre droit en l'étendant à

une situation analogue. Laurent reconnaît qu'il y a une lacune dans la loi. Dans ce silence n'est-il pas permis de tenir compte des considérations d'équité, plutôt que de faire des principes généraux une application tellement étroite qu'aucun législateur ne voudrait consacrer les solutions auxquelles elle aboutit ?

Nous repoussons d'ailleurs l'objection faite par Laurent au système que nous préconisons. Cet auteur prétend que nous violons l'article 2033, alors que nous prétendons l'appliquer. « D'après l'article 2033, dit-il, la dette devrait se diviser entre la caution personnelle et le tiers détenteur, la caution réelle, à raison de leur part et portion, c'est-à-dire par part virile, par moitié. Les auteurs n'admettent pas cette interprétation. La caution, disent-ils, s'est obligée pour toute la dette, tandis que le tiers détenteur n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. Soit ; il faut donc établir une proportion entre ces deux cautions inégalement tenues. Une dette de 25.000 francs est cautionnée par Pierre et garantie hypothécairement par Paul sur un immeuble qui vaut 12.500 francs. La proportion est de deux à un, de sorte que la caution supportera les deux tiers de la dette et le tiers détenteur un tiers. Ainsi les auteurs s'écartent de l'article 2033, quand il s'agit de fixer la part contributive de la caution personnelle et de la caution réelle, et cependant

l'article 2033 est le seul texte sur lequel on puisse se fonder pour déroger au principe de la subrogation (1) ».

Nous demandons bien pardon à M. Laurent, mais les auteurs dont il parle ne s'écartent nullement, comme il le prétend, de l'article 2033. Le législateur, avons-nous dit, n'a eu en vue dans cet article que les cautions personnelles. Or il a supposé, ce qui est le cas le plus fréquent, que ces cautions avaient toutes répondu de l'intégralité de la dette. Mais supposons que Paul au lieu d'être une caution réelle soit une caution personnelle, qu'il se soit engagé sur tous ses biens, mais seulement jusqu'à concurrence de 12,500 francs. Croit-on que si Pierre paye, il pourra forcer Paul à contribuer pour moitié ? Nous ne le pensons pas. L'article 2033 consacre une solution que Pothier déclarait fondée sur l'équité. Ce serait en vérité une singulière manière de comprendre l'équité que de faire contribuer pour portions égales deux personnes dont l'une s'est engagée pour une somme double de l'autre. Aussi pensons-nous que Paul ne devra contribuer que pour une part proportionnelle à la portion de la dette qu'il a cautionnée, en l'espèce un tiers.

Il est évident que, si l'immeuble hypothéqué par la caution réelle avait une valeur supérieure au mon-

1. LAURENT, t. XVIII, n° 126, page 160.

tant de la dette garantie, la part que celle-ci doit supporter est calculée sur le montant de la dette, et non sur la valeur de l'immeuble. La caution réelle doit être considérée comme ayant cautionné toute la dette sur son immeuble, mais il serait absurde de paraître admettre qu'elle ait pu cautionner plus que la dette.

Si l'on adopte cette manière de voir, on voit que nous ne faisons qu'appliquer à la caution réelle les règles que l'article 2033 a posées pour les cautions personnelles, et dès lors, on voit que notre système ne mérite pas le reproche que lui a fait M. Laurent.

CHAPITRE V

Du conflit entre un tiers détenteur et une caution réelle.

Nous avons étudié le cas de concours d'une caution personnelle et d'un tiers détenteur, d'une caution personnelle et d'une caution réelle, de plusieurs détenteurs entre eux. Il nous reste à dire comment doit se résoudre le conflit entre une caution réelle et un tiers détenteur.

Nous avons dit dans le chapitre précédent que la situation de la caution réelle devait être réglée d'après celle de la caution personnelle, étant donné l'analogie qui existe entre ces deux personnes. Nous n'avons qu'à faire l'application de ce principe pour déterminer les rapports de la caution réelle et du tiers détenteur.

Nous avons admis que la caution personnelle avait un recours contre le tiers détenteur. Nous accordons le même recours à la caution réelle.

Mais ici nous n'avons pas à établir de proportion comme lorsque la caution réelle est en concours avec une caution personnelle. La caution réelle a un

recours contre le tiers détenteur pour tout ce qu'elle a payé, pourvu, bien entendu, qu'elle n'ait pas payé plus qu'il n'était dû.

Supposons que Paul ait hypothéqué l'immeuble A pour garantir une dette de 20.000 francs contractée par Pierre et que cet immeuble vaille 10.000 francs ; puis que cette même dette soit garantie par une autre hypothèque grevant l'immeuble B, lequel a une valeur de 20.000 francs et se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, Jacques.

Pour dégrever complètement son immeuble, Paul devra payer la totalité de la créance, bien que cet immeuble ait une valeur moindre de moitié. C'est là une conséquence de l'indivisibilité de l'hypothèque en vertu de laquelle chaque molécule de l'immeuble hypothéqué répond de l'intégralité de la créance. Mais il pourra réclamer à Jacques les 20.000 francs qu'il a versés. Celui-ci ne saurait demander qu'il soit fait une répartition proportionnelle à la valeur respective de leurs immeubles.

